BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Ueber

exekutorische Urkunden

und

Exekutiv-Prozeß

von

Dr. **Hans Karl Briegleb,**
Advokat zu Nürnberg.

Erster Theil.

Nürnberg, 1839.
Verlag von August Recknagel.

3 5 [illegible] D.

Digitized by Google

Geschichte

des

Exekutiv-Prozesses

von

Dr. Hans Karl Briegleb.

Nürnberg, 1839.
Verlag von August Recknagel.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Vorwort.

Ein Schriftsteller aus Liebhaberei, welcher mit seiner ersten Schrift hervortritt, indem er auf bisher unbetretenem Wege ein mit den gangbaren Ansichten im Widerspruch stehendes Resultat gefunden zu haben glaubt, hat begreiflicher Weise gar Vieles auf dem Herzen, was er der Vorrede anvertrauen möchte. In dieser Lage befindet sich der Verfasser des vorliegenden rechtsgeschichtlichen Versuchs.

Nicht als ob ich mit der Liebhaberei das Produkt selbst zu entschuldigen, oder den Erstling meiner spärlichen Muße der Kritik zu entziehen, oder die Methode meiner Arbeit im Ganzen zu rechtfertigen gemeint wäre: ich bin

Digitized by Google

namentlich in Beziehung auf den letzten Punkt in der glücklichen Stimmung deſſen, welchem der Glaube an die Autorität verehrter Männer der Wiſſenſchaft durch eigene Prüfung zur Erkenntniß geworden iſt; ich bin vollkommen beruhigt, wenn es mir gelungen iſt, den kleinſten Theil des Bodens, welchen Savigny im Civilrecht, Hollweg im Prozeß für uns gewonnen hat, mit einigem Erfolg zu bearbeiten.

Deſto mehr wäre über die Frage, von welchen Vorausſetzungen das Gelingen einer ſolchen Arbeit abhängig ſey, vielleicht noch hier beizubringen geweſen, eine Frage, welche ſo manche andere in ſich ſchließt. Was iſt als Ziel einer ſolchen Arbeit zu ſetzen? Nach welchen Grundſätzen iſt bei der Auswahl des geſchichtlichen Stoffs zu verfahren? Welche Darſtellungsweiſe, welche Ordnung der Materialien iſt die zweckmäßigſte? Was

Digitized by Google

darf bei dem Leser vorausgesetzt, was muß ausdrücklich gegeben werden, um das Verständniß des Einzelnen zugleich mit der Uebersichtlichkeit des Ganzen zu fördern?

Alle diese Fragen sind noch nirgends genügend erörtert, und ich bescheide mich gern, daß zu solcher Erörterung eine Vorrede nicht Raum bietet.

Nur das glaube ich hier bemerken zu müssen, daß ich bei der Anlage und Ausführung meiner Arbeit vorzugsweise das Bedürfniß junger Praktiker im Auge gehabt, welche sich über die Herkunft und das Wesen der sie umgebenden Formen wunderlichen Ansehens verständigen möchten.

So mag denn dieses Schriftchen seinen Weg ohne weiteren Geleitbrief antreten.

Nürnberg, im Januar 1839.

Briegleb.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Erſtes Kapitel.

Einleitung 1

Zweites Kapitel.

Italien 46

Drittes Kapitel.

Geiſtliche Gerichte 189

Viertes Kapitel.

Spanien 232

Fünftes Kapitel.

Frankreich 279

Sechſtes Kapitel.

Teutſchland 322

Anhang.

Erſter 372

Zweiter 377

Dritter 379

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Einleitung.

§ 1.

Der Exekutivprozeß gehört nach dem einstimmigen Urtheile aller Prozeßlehrer zu denjenigen Rechtsinstituten, deren Grundlage weniger in positiven Gesetzen als in einem uralten Gewohnheitsrechte zu suchen ist [1]). Die Ausbildung dieses Instituts bis zu seiner heutigen Gestalt ist das Werk des Gerichtsgebrauchs und der denselben beherrschenden Meinungen der Rechtsgelehrten. Ebendeßhalb aber leidet die Theorie dieser Prozeßart von jeher an mancherlei irrigen, schwankenden und streitigen Lehrsätzen. Es liegt

---

[1]) Martin Lehrb. des bürgerl. Proz. 12 Ausg. § 250 S. 458. — Schilter praxis juris romani in foro german. T. I. exercit. XIII. §. XV. —

Digitized by Google

dieſes in der Natur der Sache. Es liegt aber eben ſo ſehr in der Natur der Sache, daß von Zeit zu Zeit die Wiſſenſchaft ihr unbeſtreitbares Reviſionsrecht ausübe.

Wie nun zur Berichtigung ſolcher Irrthümer, zur Ausgleichung der Controverſen, zur wiſſenſchaftlichen Begründung mancher zwar richtigen aber doch nur gedankenlos überlieferten Sätze: wie alſo zur Feſtſtellung einer wahren Theorie zu gelangen ſey, darüber kann, — abgeſehen von der Schwierigkeit der Ausführung, — kaum ein Zweifel beſtehen.

Darin iſt man wohl überall gleicher Meinung, daß es bei jeder wiſſenſchaftlichen Unterſuchung zunächſt auf eine richtige Erkenntniß des inneren Weſens, der eigentlichen Natur des Gegenſtandes der Unterſuchung ankommt. Man hat aber von jeher verſchiedene Wege eingeſchlagen, um dieſe Erkenntniß zu erlangen; man hat auf dieſen verſchiedenen Wegen natürlich auch ſehr verſchiedene Reſultate gewonnen. Dieß gilt nicht nur von der Rechtswiſſenſchaft überhaupt, ſondern beſonders auch von der Prozeßtheorie. Ich darf mich hier im Allgemeinen mit der bloſen Ren-

Digitized by Google

nung des heftigen Streites, in welchen seit Anfang dieses Jahrhunderts eine angeblich rein rationelle Untersuchungsweise mit der historischen gerathen ist, um so mehr begnügen, als ich eines Theils den trefflichen Bemerkungen, in welchen Bethmann-Hollweg den Streit mit wissenschaftlichen Gründen entschieden hat [2]), nichts Wesentliches bei zu setzen wüßte, anderen Theils aber in besonderer Beziehung auf den Gegenstand unserer Untersuchung ein recht lebendiges und praktisches Beispiel nahe zur Hand liegt, um zu zeigen, welcher Verirrung die rein rationalistische Auffassung des Wesens und der Natur eines auf uraltem Herkommen und Gerichtsgebrauche beruhenden Rechtsinstituts ausgesetzt ist. Ich meine die von Gönner allen geschichtlichen Ueberlieferungen zum Trotze erfundene, in seinem Handbuche 2. Aufl. Band 4 Abhandl. 68 § 12 S. 227 — 230 aufgestellte, von Grolman in der 2. Aufl. seines Lehrbuchs § 245 S. 540

[2]) In der bekannten Vorrede seines Grundrißes zu Vorlesungen über den Civilprozeß, 1. Ausg. Berlin 1821, 2. Ausg. ebend. 1825. (Eine veränderte Vorrede hat die 3. Ausg. von 1832.)

Digitized by Google

— 543 adoptirte Theorie über das Wesen der prozeßhindernden Einreden und ihre Verwandtschaft mit dem Exekutivprozesse, eine Theorie, welche die Wahrheit vollkommen auf den Kopf stellt und in den verkehrten Einfall eines umgekehrten Exekutivprozesses ausläuft [3]).

Nach solchen Vorgängen muß man sich um

---

[3]) Gönner a. a. O. »Prozeßhindernde Einreden sind nichts als das schleunige Verfahren bei liquiden Beweisen (sic!), wie es durch die Lage des Beklagten zur Anwendung gebracht werden kann; sie sind, wenn ich mich so ausdrücken darf, der umgewandte Exekutivprozeß. (inversus processus executivus.)«

Also Einreden sind ein Verfahren! Prozeßhindernde Einreden sind ein umgewandter Exekutivprozeß! — Welche monströse Procedur durch diesen perversen processus executivus inversus herbei geführt werden soll, kann man nachsehen bei Gönner und Grolman a. a. O. Die Praxis hat sich zwar nicht bethören lassen und Grolman selbst hat sich in der Folge soweit eines Bessern besonnen, daß er die Gönnersche Theorie wenigstens nicht mehr für praktisches Recht ausgibt; s. 5. Ausg. seines Lehrbuchs §. 245 S. 401. Dennoch hat die Autorität zwei solcher Prozeßlehrer das Ihrige beigetragen, die trostlose Lehre von den prozeßhindernden Einreden durch blendende Argumente, entlehnt aus falschen Voraussetzungen, noch mehr zu verwirren.

Digitized by Google

so dringender aufgefordert fühlen, eine Reviſion der Theorie des Exekutivprozeſſes nicht ohne ernſtliche Bemühung um die Geſchichte dieſer Prozeßart zu unternehmen, als ſelbſt das, was auf dieſem Wege bisher von Anderen geleiſtet worden iſt, nicht befriedigen kann.

§ 2.

Nach einer jetzt beinahe allgemein verbreiteten Anſicht neuerer Prozeßlehrer [1]) ſoll nehmlich der Exekutivprozeß rein teutſchen Urſprungs ſeyn und insbeſondere aus dem im Jahre 1442 [2])

---

[1]) Heffter Inſtitutionen des Civilproz. S. 432. 433. — Mittermaier der gemeine deutſche Proz. Beitrag IV. S. 107 — 109. — Mühlenbruch Entwurf des Civilproz. § 558. S. 244. 245. — Bayer ſummar. Proz. § 41 S. 92 — 94. — Ganz ungenügend iſt das, was Kori in ſeiner Schrift über den Exekutivprozeß § 5 S. 9 der 2. Aufl. ſagt. — Nur Martin in der 11. Aufl. ſeines Lehrbuchs §. 250 Note a. S. 436 (12. Aufl. S. 456) iſt mit Recht anderer Meinung, welcher ſich nun auch Rudorff in ſeinem Grundriß zu Vorleſungen über den Civilproz. Berlin 1837. § 73 anſchließt.

[2]) Reformation Kaiſer Friedrichs III. v. 1442 § 2 — 5. (Neue Sammlung der Reichsabſchiede Frankf. 1747. f. Th. I. S. 171. 172. — Bergmann Corpus juris judic. S. 4 — 6.)

Digitized by Google

in Teutschland noch gebräuchlichen Pfändungsrechte wegen kuntlicher und unlogenbarer Schuld hergeleitet werden.

„Vor der Verbreitung des römischen Rechts „in Teutschland sey nehmlich dem Gläubiger, „welcher kuntliche und unlogenbare Schuldforde„rungen gegen Jemand und darüber Bürgen „oder Briefe hatte, die Pfändung erlaubt gewe„sen und zu noch größerer Sicherheit des Gläu„bigers sey ihm häufig dieses Pfändungsrecht in „dem Schuldbriefe durch eigene Klauseln aus„drücklich eingeräumt worden. — Um nun nach „der gesetzlichen Aufhebung dieser Art Selbst„hülfe wenigstens einigen Ersatz dafür zu erhal„ten, sey es Sitte geworden, sich bei verbrieften „Schulden wenigstens um schleunige Exekution „an das Gericht zu wenden, welche auch um so „weniger versagt worden, je fühlbarer der Ge„gensatz des neuen weitläufigen Verfahrens zu „den bisherigen Sitten habe seyn müssen, gemäß „welcher sich der Gläubiger selbst außergerichtlich „zu dem Seinigen verhelfen durfte.“ [3])

---

[3]) Bayer a. a. O. in Uebereinstimmung mit den

Wann und wie sich jene Sitte, — und somit die Anfänge des Exekutivprozesses, — zuerst in Teutschland bemerklich gemacht habe, darüber vermißt man bestimmtere Nachweise.

Über das wann zwar wäre nach der herrschenden Ansicht wenigstens so viel als gewiß anzunehmen, daß die ersten Spuren des Exekutivprozesses nicht vor der Verbreitung des römischen Rechts in Teutschland und nicht vor dem Jahre 1442, frühestens also in der zweiten Hälfte des XV Jahrhunderts vorkommen können.

Dagegen bleibt die bei weitem wichtigere Frage: wie es denn gekommen sey, daß das an die Stelle der früheren Selbstpfändungen getretene gerichtliche Verfahren gerade die bestimmte Gestalt gewonnen habe, welche den Exekutivprozeß charakterisirt? völlig unbeantwortet.

Findet zwischen dem Exekutivprozesse und den vormaligen Pfändungen ein innerer Zusammenhang Statt? von welcher Art? und

---

übrigen in Note 1. citirten Schriftstellern und mit Eichhorn Teutsche Staats- und Rechts-Gesch. Th. III. § 463 Num. 1. und Note g. — Vgl. Schilter l. c.

Digitized by Google

von welchen Folgen für die allmähliche Gestaltung des neuen an die Stelle des älteren getretenen Instituts? dieß alles sind Fragen, ohne deren Lösung alle Nachweisungen darüber, wann und wo der Exekutivprozeß zuerst vorgekommen sey, keinen praktischen Werth haben.

Aber auch in der Angabe des Vaterlands und der Zeit des Ursprungs hat man geirrt.

Nicht Teutschland, sondern Italien ist das ursprüngliche Vaterland des Exekutivprozesses. Hier findet er sich schon sehr frühe als ein eigenthümliches Institut der toskanischen, dann der lombardischen Stadtrechte vor, dessen sichere Spuren bis in das XII Jahrhundert zurückgehen. Es verbreitete sich bald über ganz Italien; später, und zwar wenigstens schon im XIV Jahrhundert, über die Nachbarländer Frankreich und Spanien; und endlich auch über Teutschland, wo uns sichere Spuren desselben nicht vor dem XVI Jahrhundert begegnen.

§ 3.

Um es aber begreiflich zu finden, wie ein ursprünglich so partikuläres Institut eine solche Verbreitung, ja zuletzt in fremden Ländern das Ansehen

Digitized by Google

des gemeinen Rechts erlangen konnte, erscheint es nöthig, über das Verhältniß der italienischen Stadtrechte zu dem schon im XII Jahrhundert in Italien als gemeines Recht geltenden römischen Rechte und mittelst desselben zu dem gemeinen Rechte der Spanier, Franzosen und Teutschen Einiges voran zu schicken.

Nun fällt aber der Zeitpunkt des Entstehens der italienischen Stadtrechte und der ersten Erscheinungen des Exekutivprozesses in denselben genau mit jener Periode der ersten Entwickelung des modernen Rechtszustandes der romanischen Länder überhaupt zusammen. Schon deßhalb ist es unerläßlich, vor Allem die Hauptmomente, welche den Gang dieser Entwickelung bezeichnen, zu vergegenwärtigen. Manches Bekannte muß hierbei vorausgesetzt [1]), Manches ausdrücklich in das Gedächtniß zurück gerufen, Manches endlich geradezu ignorirt werden, indem wir uns auf zwei Hauptgesichtspunkte beschränken: in der all-

[1]) Ich verweise deßhalb auf von Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, welche ich stets nach der zweiten Ausgabe citire, und auf die oben (§. 1. Note 2.) angeführte Vorrede Bethmann-Hollwegs. —

Digitized by Google

gemeinen Zeichnung des Entwicklungsganges des modernen Rechtszustandes nehmlich können wir zunächst nur das Prozeßrecht im Auge haben, welches auch bei weitem mehr als das materielle Civilrecht die charakteristischen Merkmale der Modernität an sich trägt; aber auch innerhalb dieser engeren Grenze sind wiederum vorzugsweise die Momente hervor zu heben, welche die rechtsgeschichtliche Bedeutung der Stadtrechte bezeichnen [2]).

§ 4.

Der wichtige Einfluß, welchen auf die Bildung des modernen Rechtszustandes unter allen Völkern germanischen Ursprungs die nach dem Untergange des westlichen römischen Reichs ein-

[2]) Durch die bestimmte Bezeichnung dieser doppelten Beschränkung glaube ich, die nachfolgende Darstellung vor dem Vorwurfe der Einseitigkeit und Mangelhaftigkeit gesichert zu haben. In einer Schrift über den Prozeß überhaupt würde vielleicht die eine Seite, welche der beschränkte Gegenstand dieser Schrift besonders hervorzuheben gebot, einen untergeordneteren Rang einnehmen. Doch muß ich hier wiederholen, daß ich von einer genauen Untersuchung der italienischen Stadtrechte auch für andere Partieen unserer Prozeßtheorie, ganz besonders aber für die Theorie der summarischen Prozeßarten, sehr interessante Resultate erwarte.

Digitized by Google

getretene Vermiſchung der römiſchen und germaniſchen Völkerſchaften in Italien geäußert hat, iſt nunmehr längſt anerkannt.

Als Faktoren dieſes modernen Rechts können im Allgemeinen bezeichnet werden: römiſche Rechtswiſſenſchaft und germaniſche Rechtsſitte. Beide waren durch die Anſiedelung der germaniſchen Völkerſchaften in den eroberten Ländern des römiſchen Reichs vorerſt wenigſtens in die engſte örtliche Verbindung gebracht worden. Es iſt nehmlich bekannt, daß der römiſchen Bevölkerung auch nach der Eroberung ihr römiſches Recht von den germaniſchen Siegern unverkümmert gelaſſen wurde, während dieſe auch auf römiſchem Boden nach ihren alten Volksrechten lebten: dergeſtalt, daß allein die Volksabſtammung bei jedem Einzelnen entſchied, nach welchem Rechte er zu leben habe [1]).

Indeſſen liegt es in der Natur der Sache, daß dieſem Grundſatze zum Trotze die innigen Beziehungen, in welche die Sieger zu den Be-

[1]) Die Ausnahmen hievon ſind theils nur ſcheinbar, theils ſelten und betreffen am wenigſten das Civilrecht.

ſiegten von vorn herein durch die Theilung des vorgefundenen Grundeigenthums gekommen waren, das enge Zuſammenleben derſelben und der tägliche Verkehr unter ihnen, die noch engere Verknüpfung derſelben durch Familienverbindungen, ihr gemeinſchaftliches Intereſſe bei der Abwehr äußerer Angriffe, nach und nach ein ſo feſtes Aneinanderſchließen, eine ſolche Vermiſchung derſelben herbeiführen mußte, welche nicht ohne weſentlichen Einfluß auf die Rechtsverhältniſſe der Geſammtheit der Bevölkerung bleiben konnte. Entſchieden war dieſer Einfluß, als ſich die einzelnen Beſtandtheile der ganzen Bevölkerung zu neuen Stadtgemeinden vereinigt hatten, ein Zuſtand, welcher für Italien im XI und XII Jahrhundert hervortritt.

Allein bis dahin waren Jahrhunderte ſtürmiſcher Bewegung vorhergegangen, aus welcher zwar die Befeſtigung der politiſchen Verhältniſſe erwachſen war, für die Ausbildung des bürgerlichen Rechts aber ſehr wenig geſchehen konnte. Oberitalien hatte aus dieſer bewegten Zeit jene im Laufe des XI Jahrhunderts aufblühenden reichen und mächtigen Freiſtädte gerettet. Die

Digitized by Google

Macht derselben war faktisch längst begründet, als ihr durch den Costnizer Friedensschluß vom J. 1183 auch die äußere Anerkennung von Seiten des Schutz- und Lehen-Herrn und damit eine feste staatsrechtliche Grundlage zu Theil wurde. Erst in dieser Periode und unter diesen Verhältnissen war es möglich, an die Ordnung der *inneren* Verhältnisse zu denken.

Als Grundlage dieser Ordnung konnte sich das System der persönlichen Rechte auf die Dauer unmöglich halten. Denn alle Bedingungen des Bedürfnisses, ja selbst der Möglichkeit einer solchen Sonderung waren verschwunden, seitdem die Bevölkerung selbst als eine in die ursprünglichen Bestandtheile römischer und germanischer Abstammung gesonderte nicht mehr bestand.

Indessen hatte doch das System der persönlichen Rechte dem *Princip* nach fortgedauert; insbesondere war auch die Gültigkeit des römischen Rechts niemals unterbrochen worden. Römisches Recht und germanisches bestanden immer noch neben einander mit gleichem Anspruche auf formelle Gültigkeit. Eine naturgemäße Umgestaltung des Civilrechts konnte daher nur durch

Digitized by Google

den gegenseitigen Einfluß dieser germanischen und römischen Elemente zu Stande kommen. Entscheidend aber konnte dieser Einfluß nur durch das Gewicht wissenschaftlicher Bearbeitung der Rechtsquellen werden. Denn erstlich lag das vorschnelle Gesetzmachen überhaupt nicht im Geiste jener Zeit; zweitens würde ein gewaltsamer Eingriff in den Grundsatz der persönlichen Rechte kaum durchführbar gewesen seyn; drittens lag in der damaligen höchst beschränkten Rechtskenntniß, — welche kaum etwas anderes war, als ein Aggregat der nothdürftigsten durch ihre traditionelle Fortpflanzung unter einem verwilderten Volke und in einer Zeit rastloser politischer Bewegung verunstalteter Formeln, — für jede Gesetzgebung ein Hinderniß, welches nur durch die umfassendsten wissenschaftlichen Vorarbeiten beseitigt werden konnte.

Als eine besonders segensreiche Fügung muß es daher anerkannt werden, daß durch die ununterbrochene Gültigkeit des römischen Rechts, dessen Quellen während einer langen Zeit der Barbarei zwar ungekannt, aber doch nicht schlechthin unzugänglich waren, für eine bessere Zeit

Digitized by Google

Stoff und Veranlassung zu solcher Arbeit aufbehalten blieb [2]).

§ 5.

Es ist bekannt, welche eminente Thätigkeit sich an diesem Stoffe seit dem Anfange des XI Jahrhunderts entwickelt hat, welchen Umschwung das Auftreten der Bologneſischen Rechtsschule in dem geistigen Leben zunächst der italienischen Staaten herbeigeführt hat.

Jetzt, indem das römische Recht durch die

---

[2]) Es beruht gewiß auf Täuschung, wenn man es hie und da beklagt hat, daß die wissenschaftliche Thätigkeit der folgenden Periode dem römischen Rechte zugefallen und dadurch der Fortbildung des germanischen Rechts entzogen worden sey. An diesem würde eine solche Thätigkeit wohl gar nicht erwacht seyn. Ja wer die Möglichkeit einer solchen einseitigen Entwickelung annimmt, der müßte die innere Nothwendigkeit des Ganges, welchen die europäische Kultur- und Staaten-Geschichte seit Jahrhunderten genommen hat, läugnen. Die Herrschaft des römischen Rechts wurde für die Volker des westlichen Europa ein gemeinsames inneres Band, dessen sie um so mehr bedurften, je mehr sie durch ihre äußeren Verhältnisse den individuellsten Richtungen preißgegeben waren. Das Bedürfniß eines solchen Bandes bezeugt die Geschichte auf jedem Blatte. — Das Beispiel Englands beweist nichts für das Festland. —

Digitized by Google

wissenschaftlichen Bemühungen der Glossatoren nach dem ganzen Umfange und Reichthume seiner Quellen bekannt wurde, war das Uebergewicht desselben über die germanischen Rechte und somit der vorherrschende Einfluß desselben auf die Formation des modernen Rechtszustandes gesichert [1]).

Die Gründe dieses Uebergewichts lagen eben so wohl in den inneren Vorzügen des römischen Rechts als in den gesteigerten Bedürfnissen der Zeit. Ein allgemeiner und heftiger Widerstand der germanischen Volksrechte war daher um so weniger denkbar, als die Nachkömmlinge der germanischen Einwanderer selbst nicht mehr Germanen waren.

Im Einzelnen aber mußten sich allerdings manche von der gemischten Bevölkerung als ge-

---

[1]) Ich brauche wohl kaum nochmals daran zu erinnern, daß hier blos vom Civilrechte die Rede ist. In der Ordnung der öffentlichen Verhältnisse hatte sich allerdings schon früher das Uebergewicht des germanischen Rechtes aus sehr begreiflichen Gründen geltend gemacht. Die vorherrschend germanische Grundlage des öffentlichen Rechts, das Lehenwesen, war daher lange vor Umgestaltung des Civilrechtes organisirt.

Digitized by Google

meine Gewohnheit angenommene Rechtsinstitute germanischen Ursprungs vorfinden, welche man aufzugeben keineswegs bereit war. Indessen waren doch diese vom römischen Rechte abweichenden Gewohnheiten immerhin nur Einzelheiten, welche als ein geschlossenes Ganzes und als Gegenstand einer selbstständigen theoretischen Bearbeitung nicht gedacht werden können und ihre Ergänzung aus der Theorie des römischen Rechts nothwendig erhalten mußten. Wo es also darauf ankam, ein vollständiges System des damals gültigen Rechts zu geben, da war eine Combination des Gewohnheitsrechts mit der Theorie des römischen Rechts, da war die Mischung beider Elemente nicht zu umgehen.

In solchen Fällen nun suchte man gewöhnlich die einzelnen abweichenden Gewohnheiten vor dem überwiegenden Ansehen der römischen Rechtslehre durch eine künstliche Anschließung an die Grundsätze der letzteren zu retten. Wollte man nun die Eigenthümlichkeit der ersteren nicht völlig aufgeben, so mußte man begreiflicher Weise häufig eine sehr gezwungene Auslegung der römischen Rechtsquellen zu Hülfe nehmen, worunter freilich

Digitized by Google

die Reinheit der römiſchen Rechtslehre leiden mußte. Aehnliche Modifikationen — oder, wenn man will, Korruptionen — des römiſchen Rechts mußten aber auch in anderen Fällen, (wo es nicht gerade galt, etwa ein einzelnes durch Gewohnheit bereits begründetes Rechtsinſtitut ſo viel möglich zu erhalten,) aus dem Widerſtreben der herrſchenden Geſinnung und Sitte, im Allgemeinen genommen, gegen einzelne Lehren des römiſchen Rechts hervorgehen. Die Gloſſatoren zwar, als Repräſentanten der reinen römiſchen Rechtslehre, bequemten ſich dieſen Anforderungen der neueren Zeit nur wenig [2]). Aber ſchon ihre unmittelbaren Nachfolger unter den Lehrern des römiſchen Rechts in Italien, die Juriſten des XIII und XIV Jahrhunderts hatten ſich dem Einfluße einer modernen Rechtsbildung entſchieden hingegeben. Da nun die ganze Thätigkeit der gelehrten Juriſten jener Zeit beinahe ausſchließend an

[2]) Gänzlich frei von ſolchen Einflüſſen ſind ſie aber auch nicht geblieben, und es wird gerathen ſeyn, manche Abweichung der Gloſſe von dem wahren Sinne der Quellen näher zu prüfen, wobei ſich nicht ſelten zeigen wird, daß die Gründe der Abweichung tiefer liegen, als in bloſem Mißverſtändniſſe.

Digitized by Google

die Form fortlaufender Erklärung der römischen Rechtsquellen gebunden war, welche in den sehr zahlreichen Kommentaren aus dem XIII bis zum Ende des XV Jahrhunderts vor uns liegt, so war von nun an auch die formelle Verknüpfung jener aus germanischer Gesinnung und Sitte auf italienischem Boden entstandenen Gewohnheiten mit der Theorie des römischen Rechts entschieden.

Wie jedoch bei aller äußerlichen Verknüpfung doch der innere Widerstreit schon frühzeitig zu Controversen Anlaß geben mußte, welche selbst der rechtlichen Existenz solcher Gewohnheiten gefährlich waren; wie insbesondere, nachdem die Ansicht von der allgemeinen Verbindlichkeit des römischen Rechts immer mehr befestigt war, jene erkünstelte Begründung solcher Gewohnheiten durch gezwungene Uebertragung römischer Grundsätze leicht vernichtet werden konnte, sobald man nur (wozu man formell jedenfalls berechtigt war) die Theorie des römischen Rechts in ihrer Reinheit rücksichtslos wieder her zu stellen anfing, so mußte man zuletzt allerdings daran denken, durch förmliche Gesetze die Controversen abzuschneiden und jene von der Theorie bestreitbaren, durch

Digitized by Google

altes Herkommen aber geheiligten Institute sicher zu stellen.

§ 6.

In diesem Sinne [1]) entstanden gegen das Ende des XII und im Laufe des XIII Jahrhunderts, und zwar zuerst in Oberitalien, zahlreiche Stadtrechte [2]), recht eigentlich als Produkt jenes Prozesses neuer Rechtsformation, voll

[1]) Dieß soll jedoch nur von den aus dem oben bezeichneten Zeitraume herrührenden Stadtrechten behauptet werden. Bezüglich älterer Statuten halte ich die Bemerkung von Savignys (Gesch. d. R. R. Band III Cap. XXII § 189 S. 513.) wonach dieselben durch die Verschmelzung der verschiedenen Nationen in neue Stadtgemeinden veranlaßt seyn sollen, für sehr gegründet. Aber was sind auch diese ältesten Statuten? Nichts weniger, als komplete Stadtrechte, wie sie etwa im XIII Jahrhundert vorkommen; sondern kurze, vorzugsweise auf die öffentlichen Verhältnisse sich beziehende Instruktionen für die wichtigeren Municipalämter (Consuln und Podestaten —); so namentlich auch noch die von Muratori (Antiquitates Italicae diss. 50. Tom. IV. p. 527 — 567) mitgetheilten Statuten von Pistoja.

[2]) Muratori Antiquit. Diss. XXII (de legib. Italicorum et statutorum origine) Tom. II p. 281. 282: ... »iisdem temporibus (saec. XIII) succrevisse immanem illam ejusmodi municipalium legum sive statutorum silvam". —

Digitized by Google

von sichtbaren Spuren germanischer Elemente [3]), und doch wieder unter dem entschiedensten Einflusse der römischen Rechtswissenschaft.

Sie entstanden nach und nach als Sammlungen einzelner Statuten, nicht aber plötzlich als eigentliche Gesetzbücher. Die Gemeinden hielten eigene Statutenbücher, volumina statutorum, in welche die einzelnen Statuten erst chronologisch, späterhin nach Materien abgetheilt, eingetragen wurden. Hiermit waren eigene Beamte betraut. Planmäßige Umarbeitungen, eigentliche Reformationen, kommen erst später vor.

Großen Vortheil mußte noch eine treffliche und für die damaligen Verhältnisse charakteristische Einrichtung gewähren, welche uns im XII Jahrhundert begegnet und nach welcher die Obrigkeit verpflichtet war, zu Richtern und Advokaten eine gleiche Zahl von römischen Rechtsgelehrten und von Kennern des Gewohnheitsrechts zu bestellen [4]).

---

[3]) Schon Hommel (Rhapsod. quaestion. Obs. 649, in rubro et num. 15, Ed. 4. Vol. V. p. 221. et 226) macht die richtige Bemerkung: pleraque statuta Italicorum urbium germanizant.

[4]) Die oben erwähnten Statuten von Pistoja, welche nach dem größten Theile ihres Inhalts nichts an-

Digitized by Google

Aus den Schriften der italieniſchen Juriſten des XIII und XIV Jahrhunderts [5]), beſonders aus ihren Quäſtionen und Conſilien iſt zu entnehmen, daß der Inhalt dieſer Stadtrechte ſchon damals von nicht geringem Umfange war [6]).

---

deres ſind, als eine Amts-Inſtruktion für den Podeſta, enthalten eine Formel ſeines Amtseides, in welcher folgende Stellen vorkommen:

(Muratori l. c. § 131 p. 560) »Et habebo duos judices, unum de lege et alterum de Usu et duos advocatos pro causis ventilandis. Et si contigerit, me aliquid circa (leg. contra) praedicta vel infra scripta facere vel aliquid de illis capitulis per ignorantiam praetermittere, priusquam (postquam?) inde recordatus fuero, illud infra octo dies proximos, si potero, recuperabo bona fide.«

(Muratori § 147 ib.) »Et si non potero habere advocatos legis, eligam et mittam duos advocatos ex usu vel de usu.«

[5]) Die Schrift des Albericus de Rosciate († 1354) de statutis füllt in der Traktatenſammlung Venet. 1584 (Tom. II fol. 2 — 84) 166 Folio-Seiten an. Aber ſchon von Guido de Suzaria (um die Mitte des XIII Jahrhunderts) exiſtirte eine — nach den häufigen Citaten bei Albericus de Rosciate ziemlich reichhaltige — Sammlung von quaestiones statutorum. Vergl. v. Savigny Bd. V. S. 356. Num. 3.

[6]) Das Manuſcript der piſaniſchen Stadtrechte vom

Digitized by Google

Aber nicht nur in diesen Gelegenheitsschriften, sondern auch in den Kommentaren der italienischen Juristen über die römischen Rechtsquellen wurden die zahlreichen Bestimmungen der Stadtrechte fleißig angeführt [7]), mit den Grundsätzen des römischen Rechts zusammengehalten und in das System der römischen Rechtslehre, so viel es immer möglich schien, geradezu einverleibt, indem man auch jetzt noch, und nachdem die formelle Gültigkeit solcher Lokalrechte durch statutarische Gesetzgebung fixirt war, in der oben bezeichneten

---

J. 1161 und 1260 besteht aus 60 engbeschriebenen Blättern. (v. Raumer: über einen ungedruckten Codex pisanischer Stadtgesetze, in den Abhandlungen der k. Akademie der Wissenschaften zu Berlin aus dem J. 1827. Berlin 1830, historisch philologische Klasse, S. 189). — Die Bedeutsamkeit der italienischen Stadtrechte für Staats- und Rechtsgeschichte ist anerkannt (v. Savigny Bd. III § 189 S. 513, v. Raumer a. a. O.) und gewiß nicht überschätzt. Dennoch ist dieser reiche Stoff bis jetzt fast völlig unbearbeitet, großen Theils in italienischen Archiven vergraben.

[7]) Man vergleiche den reichhaltigen, aber keineswegs vollständigen Realindex zur Materie von den Statuten, so weit solche in den Schriften des Baldus de Ubaldis (aus dem XIV Jahrhundert) vor-

Digitized by Google

Weiſe an der theoretiſchen Vermittelung des Abweichenden fortarbeitete [8]). Von Odofredus († 1265) und Cinus de Piſtorio († 1336) bis Jaſon de Mayno († 1519) gibt es keinen Juriſten, welcher nicht als Beiſpiel hiefür angeführt werden könnte. Es blieben alſo die nehmlichen, an ſich dem römiſchen Rechte fremden Inſtitute, welche früher ſchon als ungeſchriebenes Gewohnheitsrecht an die Theorie des römiſchen Rechts ſich angeſchloſſen hatten, auch für die Folgezeit in dieſer Verbindung. In dieſer Verbindung lag die Bedingung ihres fortdauernden Einfluſſes auf die Theorie des römiſchen Rechts [9]), ſo wie ihrer mit Verbreitung des römiſchen

kommt, welcher in der Traktaten-Sammlung Venet. 1584. Tom. II fol. 86 — 154 unter dem Titel: Baldi Perusini tract. de statutis alphabetico ordine congestus autore D. Sigismundo ejus pronepote ſteht.

[8]) Dieſes wird um ſo weniger befremden, wenn man erwägt, daß die meiſten gelehrten Juriſten jener Zeit zugleich die wichtigſten Stadtamter bekleideten.

[9]) Die hierdurch hervorgerufenen Modifikationen der reinen Theorie des römiſchen Rechts, deren poſitive Bedeutung wohl häufig mit Unrecht verkannt wird, ſind daher genau zu unterſcheiden von den in die römiſche Rechtslehre unwillkührlich

Digitized by Google

Rechts gleichzeitigen Ueberlieferung an spätere Zeiten und andere Nationen.

§ 7.

Nicht nur in Italien, sondern auch in Spanien und Frankreich fanden sich die bisher bezeichneten Verhältnisse und der durch dieselben bedingte Entwickelungsgang der modernen Rechtsbildung vor. Auch hier war jene Mischung römischer und germanischer Bevölkerung unmittelbar nach dem Untergange des westlichen römischen Reiches eingetreten. Auch hier galt für die Rechtsverhältnisse der verschiedenen Völkerschaften das Princip der persönlichen Rechte. Auch hier entstanden schon im frühen Mittelalter zahlreiche Provinzial- und Stadt-Rechte, welche das Gepräge der Mischung aus römischen und germanischen Rechts-Elementen sehr deutlich an sich tragen. Auch hier also war es der Konflikt der römischen Rechtswissenschaft mit der germa-

---

aufgenommenen und durch die Schriften der s. g. praktischen Juristen bis auf die neueste Zeit überlieferten Irrthümer. Wie wichtig durch diese Rücksicht das Studium der Dogmengeschichte erscheint, leuchtet von selbst ein.

Digitized by Google

niſchen Rechtsſitte, von welchem die Entwickelung des modernen Rechtszuſtandes ausging, ſo daß ſchon deßhalb auf einen hohen Grad von Gleichförmigkeit der Reſultate mit jenen in Italien geſchloſſen werden darf.

Hiezu kommt aber noch der wichtige Umſtand, daß Frankreich und Spanien, von den großartigen Beſtrebungen der Bologneſiſchen Rechtsſchule ſchon ſehr frühe berührt, den ganzen Umfang der römiſchen Rechtstheorie ausſchließend durch die Lehrvorträge und Schriften der italieniſchen Juriſten, alſo mit allen jenen Eigenthümlichkeiten, welche ſich ſchon in Italien geltend gemacht hatten, überliefert erhielten. Auch ſpäter, als vom XIII Jahrhundert an einheimiſche berühmte Rechtslehrer erſtanden, wurde dadurch der wiſſenſchaftliche Verkehr in den drei Nachbarländern doch niemals unterbrochen, vielmehr auf das lebhafteſte unterhalten, ſo daß in der That die Leiſtungen der Juriſten aller drei Länder ohne Rückſicht auf ihr ſpezielles Vaterland als Gemeingut angeſehen werden konnten. Immer aber und bis zum Ende des XV Jahrhunderts behaupteten die italieniſchen Lehranſtalten und die Schriften

Digitized by Google

der italieniſchen Juriſten das Uebergewicht einer glänzenden Berühmtheit und einer unverwüſtlichen Autorität.

Wie die aus der Schule von Bologna hervorgegangene Gloſſe ſehr bald in allen Ländern römiſchen Rechts ein geſetzähnliches Anſehen erlangt hatte, iſt bekannt. Aber kaum weniger dominirend war das theoretiſche Anſehen ſpäterer italieniſcher Rechtslehrer, vor allen aber der beiden Kommentatoren der römiſchen Rechtsquellen aus dem XIV Jahrhundert Bartolus de Saxoferrato und Baldus de Ubaldis, dann der Canoniſten Johannes Andreae († 1348) Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis, abbas Siculus, archiepiscopus Panormitanus † 1445) und des Prozeſſualiſten Guilielmus Durantis († 1296).

Durch die Verbreitung der Schriften dieſer italieniſchen Juriſten in Frankreich und Spanien mußte auch in dieſen Ländern eine Menge von Rechtsſätzen, ja ganzer Rechtsinſtitute, in Umlauf geſetzt werden, welche man ſich auch hier leicht aneignen mochte und konnte.

Digitized by Google

Den Weg hiezu fand man schon vorgezeichnet. Hatte nehmlich die eben herrschende Theorie des gemeinen, römischen Rechts bei irgend einem ursprünglich partikularrechtlichen Institute nachgewiesen, daß dasselbe und wie es in den Bestimmungen des gemeinen Rechts begründet sey, so konnte ein solches Institut recht gut überhaupt für gemeinrechtlich gelten und die Erinnerung an den partikularrechtlichen Ursprung schien alle praktische Bedeutung verloren zu haben. Als gemeinrechtlich trat es auf, als gemeinrechtlich konnte es überall angenommen werden, wo irgend das römische Recht zu gemeinrechtlichem Ansehen gelangt war.

Wollte es aber auf diesem Wege nicht gelingen, so konnte man auch hier auf dem Wege der statutarischen Gesetzgebung zu allen Zeiten leicht nachhelfen. Denn auch die Stadt- und Provinzialrechte in Spanien und Frankreich entstanden nicht auf einmal als geschlossene Gesetzbücher, sondern nach und nach durch Anhäufung einzelner allmählich für allgemein verbindlich erachteter Gewohnheiten, später durch Zusammenstellung und Revision des vorhandenen Bestands.

Digitized by Google

Nichts war natürlicher, als daß man sich bei dieser Arbeit die unter ganz ähnlichen Verhältnissen und häufig unter spezieller Mitwirkung berühmter Juristen entstandenen Statutarrechte der hochangesehenen und stammverwandten italienischen Freistädte als Muster vorhielt; nichts war leichter, als daß auf diesem Wege manches ursprünglich rein partikulare Institut von einer Stadt zur andern, von Provinz zu Provinz, von Land zu Land unvermerkt fortrückte und zuletzt als gemeine Gewohnheit galt.

§ 8.

Endlich aber lag auch in dem Institute der Notare nach allen seinen eigenthümlichen Verhältnissen und Beziehungen ein sehr wirksames Mittel zur gleichförmigen Verbreitung solcher Gewohnheiten, welche mit den Bestimmungen des herrschenden römischen Rechts allenfalls in Widerspruch standen.

In solchen Fällen gehörte es natürlich zu den unerläßlichsten Kautelen bei Eingehung von Rechtsgeschäften, die dem gemeinen Rechte widerstreitenden Dispositionen mit Verzichten, Fiktionen und ähnlichen Klauseln so zu bekleiden, daß we-

Digitized by Google

nigstens scheinbar das römische Recht conformirt, oder den mißliebigen Bestimmungen desselben für die Absicht der Kontrahenten auf andere Weise ausgewichen wurde. Solche Klauseln zu erfinden, geschickt an zu wenden, und zu verbreiten, war vorzugsweise das Geschäft der Notare [1]), in deren Händen überhaupt die ganze s. g. freiwillige Gerichtsbarkeit lag. Auf die schriftliche Form der Eingehung von Rechtsgeschäften hatte man ungemeines Vertrauen, was überhaupt ein germanischer Charakterzug zu seyn scheint [2]); der Gebrauch der Privatscripturen war im schlechtesten Kredit; und so wurde denn über jedes nicht völlig unbedeutende Rechtsgeschäft ein Notariats-Instrument errichtet.

Das Notariat galt daher für eines der wich-

---

[1]) Daß die Vortheile, welche in ausdrücklichen Bestimmungen der Stadtrechte dargeboten waren, fleißig benützt wurden, versteht sich von selbst.

[2]) L. Langob. III. 5, 3. — Bayrisches Landrechtbuch vom J. 1346. Tit. XXV. Rubr. »Umb insigel.“ (Io. Heumani opusc. Norimb. 1747. 4. pag. 135. — v. Freyberg's Sammlung histor. Schriften und Urkunden Bd. IV Heft 3. S. 489.)

Digitized by Google

tigsten Institute; die Notariatskunst war ein Gegenstand eifriger Erlernung.

Auch hiefür aber war wieder Italien der Mittelpunkt. Schon Irnerius schrieb ein formularium tabellionum [3]) und im XIII Jahrhundert hatte Italien mehrere, zum Theil sehr umfangreiche, Schriften über die Notariatskunst von Aegidius Fuscararius, Salathiel, Rolandinus Passagerii, Petrus Boaterius, Petrus de Unzola auf zu weisen [4]), deren Inhalt hauptsächlich in Formularien bestand und daher vorzüglich geeignet war, in die Form der frequentesten Rechtsgeschäfte eine stabile Gleichförmigkeit, — die gewöhnliche Folge alles Formularwesens, — zu bringen. In Bologna bestand neben der Rechtsschule schon im XIII Jahrhundert eine eigene Notariatsschule [5]).

So mußten denn auch im Notariat die Italiener ein vorzügliches Ansehen genießen und auf

---

[3]) v. Savigny Bd. IV S. 58.

[4]) v. Savigny Bd. V. S. 461. S. 469, 470. S. 475. ff.

[5]) v. Savigny Bd. III (Kap. XXIII § 203) S. 551, 552. vgl. mit Bd. V. S, 474.

Digitized by Google

die Praxis in den stammverwandten Ländern entschiedenen Einfluß gewinnen; und dieß um so mehr, als der vom XII Jahrhundert an sehr lebhafte Handelsverkehr zwischen Italien, Frankreich und Spanien, dessen Mittelpunkt wiederum die italienischen Städte waren, in allen auf diesen Verkehr bezüglichen Rechtsgeschäften eine gewisse Gleichheit der Form zum Bedürfniß machte.

§ 9.

In Teutschland erlangte das römische Recht erst im Laufe des XIV und XV Jahrhunderts allgemeines Ansehen. Hier hatte es vorher niemals gesetzliche Kraft gehabt. Hier bestand jene Mischung römischer und germanischer Völkerschaften nicht. Und doch waren die Verhältnisse, unter welchen in Teutschland das römische Recht auftrat, von der Art, daß auch hier alle jene in den romanischen Ländern allmählich entstandenen Modifikationen des römischen Rechts leicht Eingang finden konnten und mußten. Was dort als etwas allmählich Werdendes erkannt und bis in den Zeitraum der ersten Wiederbelebung der Rechtswissenschaft zurück verfolgt werden kann, das trat hier als etwas Fertiges auf,

Digitized by Google

welches freilich in der Folgezeit auch seine Schicksale erlebt hat und neuen Modifikationen unterlegen ist.

Es ist nehmlich bekannt, daß die Theorie des römischen Rechts in Teutschland ganz in der Gestalt, welche sie durch die gelehrten Arbeiten der Juristen Italiens, Frankreichs und Spaniens erhalten hatte, aufgenommen wurde [1]),

---

[1]) Das merkwürdigste Beispiel gibt die Reichs-Cammergerichtsordnung von 1507 (Bergmann corp. jur. jud. acad. S. 25 ff. — Neue Samml. der Reichs-Abschiede Frankf. 1747 Th. II S. 123 ff.), welche fast überfüllt ist mit Citaten aus Cinus, Bartolus, Baldus, Johannes Andreae, Speculator, d. i. Guilielmus Durantis, Panormitanus und anderen. Hier wird sogar (§ 1.; Bergmann S. 26.) eine von Bartolus referirte Bestimmung des Stadtrechts von Perugia erwähnt mit dem Bemerken, daß dieselbe in die Wormser Cammergerichts-Ordnung v. 1495 aufgenommen worden sey, was allerdings seine Richtigkeit hat:

Die C. G. Ordn. v. 1507. in §. 1 lautet: „Zum ersten So in erster Instanzen ainer den anderen fürnemen will, so ist der cläger, nach inhalt der ordnung, zu Lindaw gemacht, im ersten Tytel, in der Ladung ausgetruckt zu geben schuldig die clag oder das libel, so anders die ordnung ynen oder

daß man sich mehr an diese, als an die Quellen selbst hielt. Dieß war im Prozeßrechte um so

---

seinen anwalt betrifft; und das ist leichtlich zu geschehen. Dann nach inhalt der ordnung, zu Wormbs gemacht, so ist er schuldig, die clag in der ladung zu bestimmen, an dem ort: Item inn den ladungsbrieffen. Vor diese ordination seind die recht in c. si primates 5 qu. 2. gl. 2 in c. 2. de dila. ter. vnd Pe. (d. i. Petrus de Bellapertica, ein Franzose, starb 1308 zu Paris) und Baldus in l. fi. C. de duo. reis. Cynus in auct. offeratur C. de lit. contest. Dawider ist Bartolus, in l. inter accus. ff. de pub. jud. Da sagt Bartolus, das nit not sey, im ersten termyn, wie obsteet, die clag oder libel für zu bringen, es sey in burgerlichen oder peinlichen sachen. ter. in c. licet. de accus. Und sagt Bartolus in obgemelten l. inter accus.: Wie wol solichs, wie obstet, des gemainen rechten sey, so werd doch von gewohnhait Perusii anders gehalten, dann daselbig die sach, darumb der cläger ainen will fürnemen, sol in der Citation inseriert sein. Und vor diese gewonhait ist die ordnung, zu Wormbs gemacht, an dem ort: Sollen die."

Ordnung des Kaiserl. Cammergerichts zu Worms aufgericht Anno MCCCCXCV (nach Bergmann S. 13: § 13, nach N. S. der Reichsabsch. Th. II S. 8: § 17 dieser Ordnung):

»Item in den ladungßbrieffen sollen die sachen darumb yemands gefordert oder geheyschen wird, de-

mehr nöthig, als dieſes für die Sitten und die Geſinnung der teutſchen Nation jener Zeit am wenigſten aus der reinen Theorie des römiſchen Rechts geſchöpft werden konnte [2]).

Wie es alſo auf dem oben bezeichneten Wege möglich war, daß die urſprünglich partikularen

---

ſtympt werden, dermaaß, das der antwurter zu der ſach auff geſetzte tage bericht ſei, oder ſeinen Anwald mit unterrichtung ſchicken mög, lengerung der ſach, und Coſten, der auff das bedenken und hinderbringen gehen würd, damit ab zu ſchneiden."

Bartolus in l inter accusatorem (10) D. de publicis judiciis. 48. 1. (Bartoli in II. partem Dig. novi Comment. Ed. Basil. 1588. f. p. 424) ſagt: ... »Videte in civilibus: utrum libellus debeat mitti cum citatorio, est quaestio satis prolixa, quam Cynus refert in Auth. Offeratur C. de lit. contest. et communiter tenemus, quod non. Et idem dico in criminalibus ..... Contrarium tamen servatur in curia Perusina, pro cujus observatione est gl. ordinaria in c. 2 ext. de dilatio.« Nehmlich ad v. plene cap. 2. X. [II, 8.]

[2]) Gewiß würde die Verbreitung des römiſchen Rechts in Teutſchland ungleich ſchwieriger geweſen ſeyn, wenn es nicht in einer durch ſeine Schickſale in den romaniſchen Ländern ſchon vielfach germaniſirten Geſtalt aufgetreten wäre.

Digitized by Google

Rechtsgewohnheiten Italiens in Verbindung mit der Theorie des römischen Rechts nach Frankreich und Spanien wanderten, ebenso war die Fortpflanzung derselben nach Teutschland möglich, indem sie hier aber zugleich mit manchen Modifikationen auftraten, welche sie in Frankreich und Spanien erlitten hatten.

§ 10.

Dieser allgemeinen Uebersicht der Rechtsverhältnisse des Mittelalters dürfen wir nur noch in besonderer Beziehung auf den Gegenstand unserer Untersuchung Einiges beifügen.

Die Grundlage des Exekutivprozesses ist das Schuldrecht. Schroffe Strenge des Schuldrechts ist überall und zu allen Zeiten ein charakteristisches Merkmal der einfachen Rechtszustände uncivilisirter Völker gewesen. So im alten römischen Rechte, wie in den alten germanischen Volksrechten.

Diese Strenge beruht nicht nur auf dem unverdorbenen Gerechtigkeitssinne des Volkes und auf dem beschränkten Umfange seiner rechtlichen Begriffe, sondern hauptsächlich auch auf dem Bedürfnisse des höchsten persönlichen Kredits, auf

Digitized by Google

welchen der bürgerliche Verkehr in Ermanglung jener Realkreditanstalten eines ausgebildeteren Rechtszustandes verwiesen ist.

Hieher gehört — neben anderen schonungslosen Maaßregeln gegen die Person des Schuldners [1] — besonders das uralte Recht der eigenmächtigen Pfändung, welches dem Gläubiger gegen seinen säumigen Schuldner wegen unzweifelhafter Schuldforderungen zustand. Schon die alten germanischen Rechtsbücher geben Zeugniß von dem Bestehen dieser Art gesetzlicher Selbsthülfe [2], welche sich bei allen germanischen Völkerschaften — in Italien wie anderwärts — Jahrhunderte lang erhalten hat und überall nur dem Einflusse des römischen Rechts und der mit demselben verbreiteten Bildung gewichen ist.

Es lag diesem Rechte der Selbstpfändung zwar auf der einen Seite die richtige Idee zu Grunde, daß es da, wo die Schuld selbst un-

---

[1] S. z. B. L. Longob. II, 33, 1.

[2] L. Longob. I. 21, cap. 1. L. Alamann. LXXXVI. 1. L. Burg. XIX, 10 et 11. — Für spätere Zeiten vgl. Datt de pace imperii publica. Lib. I Cap. 16.

Digitized by Google

zweifelhaft ist, keines Richters, nur des Zwanges bedarf. Auch fehlte es nicht an Gesetzen, welche die Ausübung des Pfändungsrechts an eine gewisse rechtliche Ordnung zu binden versuchten, vorzüglich durch Beschränkung desselben auf gewisse Fälle der Zulässigkeit überhaupt und auf gewisse Gegenstände der Pfändung insbesondere [3]). Auf der andern Seite aber war ja dem Gläubiger zugleich mit der Befugniß, jene Gewalt selbst auszuüben, auch das Urtheil darüber in die Hände gelegt, ob in dem gegebenen Falle eine unzweifelhafte Schuld wirklich vorliege, so daß am Ende doch fast Alles in die Willkühr einer Partei gegeben war: wahrlich eine allzustarke Versuchung für ein Volk von so hervorstechender Neigung zur Gewaltthätigkeit. Hierin lag also von Anfang her eine Quelle reichlicher Mißbräuche, gegen welche die ohnehin nur dürftigen Vorkehrungen gesetzlicher Ordnung praktisch durchzuführen kaum möglich war. Wenigstens scheinen

---

[3]) L. Alam. LXXXVI, 1. — LXXXXVIII, 1. et 2. — L. Baiuv. XII, 3—5. — L. Burg. XIX, c. 1. seqq. — L. Longob. II, 50, 1. II, 21, 7. —

Digitized by Google

die strengen Verbote der germanischen Volksrechte gegen dergleichen Mißbräuche ein redendes Zeugniß zu liefern, welchen langandauernden und schweren Kampf die öffentliche Ordnung mit den Uebergriffen der Privatgewalt zu bestehen hatte[4]). Leicht begreiflich ist es daher, wie ein solcher Zustand späterhin in den Zeiten der Zerrüttung der öffentlichen Ordnung und der Barbarei, welche bei allen germanischen Völkerschaften vor der Wiederbelebung der römischen Rechtswissenschaft überhand genommen hatte, in ein System der rohesten Gewaltthätigkeiten ausarten mußte, welches wir mit dem Ausdrucke Faustrecht zu bezeichnen gewohnt sind.

Dieser Zustand tritt uns in Italien und Spanien, in Frankreich und Teutschland überall in ähnlicher Weise entgegen; nur daß ihm hier oder dort später oder früher ein Ende gemacht wurde, jenachdem in einem Lande früher oder später das neuerwachte Studium und der Gebrauch des römischen Rechts Eingang gefunden

[4]) L. Wisig. V, 6, 1. — L. Burg. Addit. I tit. 18. — L. Baiuv. XII, 3. — L. Longob. II, 21, 5. — Vgl. Datt l. c. —

Digitized by Google

hatte. Was daher als eine charakteristische Erscheinung des Rechtszustands in Teutschland vor der Einführung des Exekutivprozesses bezeichnet wird, das hatte, freilich um drei Jahrhunderte früher, auch in Italien stattgefunden: Fehden wegen Privatschulden, Repressalien an unbetheiligten Verwandten oder Mitbürgern des Schuldners, Einlager, persönliche Gefangennehmung, ja Mord und Brand, kurz alle Ausbrüche der ungebundensten Eigenmacht, welche man auch hier mit einigem Schein der Rechtmäßigkeit zu bekleiden versuchte, indem man sich zur Duldung solcher Excesse vertragsmäßig verpflichtete. Daneben waren freilich auch andere friedlichere Vertragskautelen im Gebrauch, deren Absicht jedoch immer auf ein und dasselbe gerichtet war: auf Sicherstellung des unverbrüchlichen Vollzugs urkundlich versprochener Leistungen, auf Abschneidung eines jeden Versuchs der Widersetzung gegen diesen Vollzug. Hierher gehört besonders der stereotype Gebrauch hoher Konventionalstrafen, welche für jeden einzelnen Fall der Kontravention oder des Widerspruchs gegen die Leistung der übernommenen Hauptverbindlichkeit bedungen wurden.

Digitized by Google

Dieſe Stimmung, dieſe Sitten beherrſchten Italien, als das Studium des römiſchen Rechts erwachte und der Gebrauch deſſelben immer mächtiger zu werden begann. Kaum läßt ſich ein ſchrofferer Gegenſatz denken, als der, in welchen ſolche Sitten zu den ausgebildeten Beſtimmungen des römiſchen Schuldrechts gerathen mußten.

Wollte man nun von der Anſicht ausgehen, daß die Macht und der Einfluß des römiſchen Rechts in Italien etwa auf ähnliche Weiſe, wie heut zu Tage die Macht und der Einfluß eines allgemeinen Landesgeſetzes a die publicationis datire, ſo würde man freilich auch von Italien kaum etwas Anderes ſagen können, als: nach der geſetzlichen Aufhebung jenes barbariſchen Syſtems der Selbſthülfe wurde es Sitte, gegen den ſäumigen Schuldner nicht mehr mit der Streitart, ſondern nach den Regeln des Exekutivprozeſſes zu verfahren; wobei man ſich vorerſt nur über ein Unbegreifliches zu beruhigen hätte: wie aus der Aufhebung der germaniſchen Rechtszuſtände und aus dem Einfluſſe des römiſchen Rechts ein Inſtitut erwachſen konnte, deſſen Regel weder aus rein germaniſchen noch aus

Digitized by Google

rein römiſchen Rechten nachweisbar erſcheint. Darüber aber können wir uns nicht beruhigen.

Wir müſſen vielmehr das, was oben[5]) über die Bedingungen und den Gang der Entwickelung des modernen Rechts überhaupt geſagt worden iſt, auch für das moderne Schuldrecht insbeſondere geltend machen. Vielleicht nirgends mehr als im Schuldrechte iſt der Charakter eines aus dem Konflikte und der gegenſeitigen Durchdringung germaniſcher und römiſcher Elemente hervorgegangenen Rechtszuſtandes ausgeprägt. Nirgends weniger als hier gelang es dem römiſchen Rechte, die germaniſche Sitte auszurotten und ſich ſelbſt an die Stelle zu ſetzen. Schon die tiefgewurzelte, aus altnationalen Grundlagen erwachſene, durch täglichen Verkehr ſtets erneuerte Gewohnheit eines ſchnellen und energiſchen Verfahrens in einfachen Schuldſachen mußte ſtark genug ſeyn, der unbeſchränkten Geltung des römiſchen Rechts Widerſtand zu leiſten; und dazu kamen nun noch die Anforderungen des kräftig

[5]) § 4 u. 5. S. 10. ff.

aufblühenden, eines ſtarken perſönlichen Kredits und ebendeßhalb einer gemeſſenen Strenge gegen ſäumige Schuldner bedürftigen, Handelsverkehrs.

Wie aber das Pfändungsrecht ſelbſt nur eine einzelne Erſcheinung des germaniſchen Schuldrechts iſt, welche den Inhalt und das Weſen deſſelben nicht erſchöpft, ſo iſt es auch nicht dieſes Pfändungsrecht in ſeiner Vereinzelung, welches als das in dem Konflikte mit dem römiſchen Rechte thätige Element betrachtet werden muß. Es iſt dieſes vielmehr die dem germaniſchen Schuldrechte überhaupt zu Grunde liegende auf präciſes und gewaltſames Verfahren gegen ſäumige Schuldner gerichtete Geſinnung im Allgemeinen.

Während daher die in ihrer äußerlichen Erſcheinung leicht als widerrechtlich erkennbaren einzelnen Auswüchſe der ſtrengen germaniſchen Tendenz von der durch den Einfluß des römiſchen Rechts verbreiteten Bildung bald und vollſtändig überwunden wurden, mußte ſich dennoch die Theorie des römiſchen Rechts von germaniſcher Geſinnung vielfältig durchdringen laſſen, um der Befriedigung des innerlichen Bedürfniſſes dienſtbar zu ſeyn.

Digitized by Google

Was nun auf dieſe Weiſe aus der unter die Zucht der römiſchen Rechtswiſſenſchaft gegebenen germaniſchen Geſinnung hervorgegangen iſt, das iſt als der Inbegriff der Eigenthümlichkeiten des modernen Schuldrechts zu betrachten. Zu den bedeutendſten prozeßualiſchen Erſcheinungen dieſer Art gehören der Arreſtprozeß, der Mandatsprozeß, der Wechſelprozeß [6]) und der Exekutivprozeß.

So viel im Allgemeinen. —

Von ſelbſt verſteht ſich aber, daß dieſe allgemeine Kenntniß der hervorbringenden Kräfte durchaus nicht hinreicht, um die beſtimmte Geſtalt, in welcher das Hervorgebrachte mit allen ſeinen Einzelheiten vor uns liegt, zu begreifen. Hierzu gehört ſpezielle Kenntniß des ganzen Produktionsverlaufs, welcher nicht a priori beſtimmt, ſondern nur durch Erforſchung der faktiſchen Erſcheinungen, in welchen ſich derſelbe kund gibt, ermittelt werden kann.

Indem wir hierzu übergehen, iſt im Voraus

---

[6]) Welcher freilich eigentlich nichts anderes iſt, als Exekutivprozeß.

Digitized by Google

nur so viel zu bemerken, daß die äußerlichen Mittel, in welchen sich der Widerstand der germanischen Tendenz gegen die unbedingte Geltung des römischen Rechts wirksam gemacht hat, ganz dieselben waren, welche oben (§ 5. S. 17 ff.) bezeichnet worden sind.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Italien.

§ 1.

Schriftsteller:

1. Tractatus [diversorum auctorum] de instrumento guarentigiato editus per dominum GUIDONEM DE SUZARIA, geschrieben zwischen 1266 und 1296;

   Ausgaben:

   a. in Tractatus ex variis juris interpretibus collecti. Lugd. 1549. f. Vol. V. fol. 283 — 284.

   b. in Tractatus illustrium ... jurisconsultorum (s. g. tractatus tractatuum). Venet. 1584. f. Tom. VI. P. II. fol. 338 — 339.

   c. in meiner Chrestomathie von Belegstellen zur Gesch. des Exek. Proz. S. 37—74.

Digitized by Google

2. Praeclarissimus et solennis tractatus de executione instrumentorum excellentissimi utr. jur. doct. et magni practici ANTONII DE CANARIO, geſchrieben im Jahr 1433 [1]; Ausgaben:
   a. Senis per henricum de colonia 1487. f.
   b. Mediolani per Jo. Angelum Scinzenzeler 1504. f.
   c. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 276[b] — 283.
   d. Tract. Venet. 1584. Tom. V. fol. 39 — 45[b].
3. BENEDICTI DE BARZIS, Perusini, tractatus de guarentigiis s. guarentigiarum, geſchrieben im J. 1447; kannte die Arbeit des Antonius de Canario nicht [2]; Ausgaben:
   a. Mediol. per Jo. Angelum Scinzenzeler 1504. f.

---

[1]) M. ſ. den Epilog dieſes Traktats (Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 253.) »Expeditus sit tractatellus iste . . . per me Antonium de Canario MCCCCXXXIII.«

[2]) Siehe Proömium; Belegſtellen S. 214.

Digitized by Google

b. Tract. Lugd. 1549 Vol. V. fol. 285 — 293 b.

c. Tract. Venet. 1584 T. VI. P. II. fol. 340 — 349.

4. JO. BAPT. ASINII, Florentini, de executionibus et processibus executivis tractatus. Francof. 1602. f.; ib. 1651 f. u. öfter; namentlich auch in Rutger Rulants Thesaurus juris executivi [3]; geſchrieben zu Ende des XVI Jahrhunderts.

5. SIGISM. SCACCIAE, Ieti Romani, tractatus de judiciis causarum civilium criminalium et haereticalium. Francof. 1617 f. — ib. 1669. f. (Lib. I. Cap. LXII: De praesentatione instrumentorum et ejus effectu in civilibus. Ed. 1669. p. 160. — 173.) Geſchrieben zu Anfang des XVII Jahrhunderts.

6. Außerdem ſind noch die zahlreichen Kommentare der italieniſchen Juriſten über die verſchiedenen Theile der Juſtinian'ſchen Rechtsſammlung von Odofredus († 1265) und Jacobus Buttrigarius (lebte von 1274

[3]) Einer übrigens unbrauchbaren Kompilation.

Digitized by Google

— 1348) bis Jason de Mayno († 1519) für unseren Gegenstand wichtig, welchen sie meistens bei Gelegenheit der L. un. C. de confessis, aber auch an vielen andern Stellen abhandeln. Dagegen ist aus den ältern rein prozessualischen Schriften bis auf Sigismund Scaccia[4]) fast gar nichts zu schöpfen [5]).

§ 2.

Der Grundgedanke, welcher durch die ganze Geschichte des Exekutivprozesses hindurchgeht und welcher als das eigentliche Wesen desselben bezeichnet werden muß, besteht in Folgendem:

Rechtsgeschäfte, welche durch gewisse privilegirte Urkunden befestigt sind, genießen vor an-

---

[4]) Maranta († 1530) ist in dieser wie in andern Materien zunächst nur für das neapolitanische Partikularrecht wichtig.

[5]) Aus dem einfachen Grunde, weil die Geschichte des Exek. Proz. in den ersten Jahrhunderten nur auf Eigenthümlichkeiten des materiellen Rechts, jus executivum, nicht auf Eigenthümlichkeiten des Verfahrens, processus executivus, beruhte; das Verfahren fiel mit dem gemeinen Exekutionsverfahren in eines zusammen.

Digitized by Google

deren den Vorzug, daß die aus denſelben herzuleitenden Anſprüche, ohne vorher im förmlichen Prozeſſe ausgeſtritten zu ſeyn, auf bloſes Vorzeigen der Urkunde und nach dem Maaße ihres Inhalts durch ſofortige Exekution realiſirt werden ſollen, gerade ſo, als ob es ſich um die Vollſtreckung eines rechtskräftigen Erkenntniſſes handelte.

Dergleichen exekutoriſche Urkunden (instrumenta exequibilia, instrumenta paratam executionem habentia) hat man von Alters her guarentigiirte Urkunden, instrumenta guarentigiae s. guarentigiata [1]) genannt. Jener Grundgedanke wird daher mit wenig Worten gewöhnlich ſo ausgedrückt:

> instrumenta guarentigiata paratam executionem habent, prout sententiae, quae in rem judicatam transierunt.

In dieſer Geſtalt erſcheinen die erſten ſicheren Spuren des Exekutivprozeſſes; der nehmliche Grundſatz iſt in beinahe wörtlicher Gleichförmigkeit ſechs Jahrhunderte lang bis in die neueſten Zei-

[1]) Auch guarentigionata; ſeltener guarentigia (adj.) guarentizata, garentigiata, guarentisiae (subst.), garenticiae, varentigiae.

Digitized by Google

ten [2]) fortgepflanzt worden; von demſelben gingen alle Erweiterungen aus, welche die Geſchichte der Entwickelung des Inſtituts der exekutoriſchen Urkunden zu einer heut zu Tage ſogenannten beſtimmt ſummariſchen Prozeßart bezeichnen.

Die Geſchichte des Exekutivprozeſſes fällt daher in eines zuſammen mit der des Inſtituts der guarentigiirten Urkunden.

§ 3.

Schon oben iſt bemerkt worden, daß das Inſtitut der exekutoriſchen Urkunden am früheſten in Italien vorkommt, und zwar hier zuerſt in den toskaniſchen Stadtrechten, wo wir daſſelbe ſchon in einiger Ausbildung um die Mitte des XIII Jahrhunderts vorfinden. Schon damals nannte man dergleichen exekutoriſche Urkunden guarentigiirte Inſtrumente. Unter die älteſten und wichtigſten Zeugniſſe hierüber gehört der ſ. g. tractatus de instrumento guarentigiato editus per Guidonem de Suzaria [1]), eigentlich

[2]) Inwiefern und mit welchem Rechte man in neueſter Zeit davon abgewichen iſt, wird unten im ſechſten Kapitel zur Sprache kommen.

[1]) Gegen die Aechtheit dieſer Schrift ſind zwar Zweifel

eine Kompilation aus Quäſtionen folgender bekannter Juriſten:

1) Odofredus; lehrte ungefähr vom J. 1228 an, ſtarb im J. 1265;

2) Martinus de Fano; lehrte vom J. 1229 bis ungefähr 1255;

3) Johannes Fasciolus; lebte vom J. 1223 bis 1286;

4) Franciscus Accurſii; lebte vom J. 1225 bis 1293;

5) Guido de Suzaria; lehrte ſchon vor 1269, ſtarb zwiſchen 1283 und 1292;

6) Jacobus de Arena; lehrte ſchon vor 1266, ſtarb ungefähr um 1296. [2])

---

erhoben worden (v. Savigny Geſch. d. R. R. Bd. V. S. 357, 358.), jedoch ohne hinreichenden Grund. M. ſ. hierüber und über die Verhältniſſe der Autorſchaft des Guido de Suzaria meine Chreſtom. v. Belegſt. S. 23 — 34.

[2]) Auſſerdem enthält der Traktat in Num. 47 — 51 auch ein Conſilium eines ſonſt unbekannten Juriſten: Baldus de Aquilone, Richters in Florenz. Auch dieſer darf daher für einen Zeitgenoſſen der oben genannten bekannten Rechtslehrer gelten. Man könnte zwar mit einiger Wahrſcheinlichkeit annehmen, daß die Kompilation des urſprünglichen Her-

Digitized by Google

Aus dieser ansehnlichen Zahl von Zeugnissen der berühmtesten Juristen ihrer Zeit ergibt sich, daß der Gebrauch guarentigiirter Urkunden damals schon sehr häufig war und bereits eine gewisse Celebrität erlangt hatte [3]). Erwägt man nun die Allmählichkeit des Emporkommens stadtrechtlicher Institute, so dürfte schon deßhalb mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß die erste Erscheinung der Guarentigia noch bei weitem älter ist, als jene Zeugnisse; und innere Gründe, aus dem Entwicklungsgange des Instituts hergeleitet [4]), berechtigen uns, diese Erschei-

---

ausgebers in Num. 46 des Traktats mit den Worten schließt: et praedictae omnes quaestiones fuerunt disputatae per sapientes viros sicut superius sunt scriptae, daß somit der Schluß des Traktats von Num. 47—55 Zusätze von anderer Hand enthält. Allein auch in diesem Falle ist kein Grund vorhanden, diese Zusätze, welche sich als Arbeiten des Baldus de Aquilone und des Odofredus ankündigen, für namhaft jünger zu halten, als das Uebrige.

[3]) M. vgl. noch besonders das Proomium und Num. 33 des Traktats. (Belegst. S. 42 u. 58.)

[4]) Vgl. unten § 8. — Azo in L. un. C. de confess. num. 7. (Belegst. S. 4.)

Digitized by Google

nung bis in die erste Zeit der Wiederherstellung der römischen Rechtswissenschaft, mithin sicher bis in das XII Jahrhundert zurück zu versetzen [5]). Wenigstens finden wir das Wesen, wenn auch nicht den Namen, der Guarentigia, als eines in anerkannter Wirksamkeit bestehenden Instituts, schon bei Roffredus Epiphanii, (lehrte schon vor 1215,) welcher zugleich für die toskanische Herkunft dieses Instituts Zeugniß ablegt [6]); nicht minder in einem Statut von Padua aus dem J. 1236 [7]).

Den Namen der Guarentigia aber habe ich allerdings nicht früher als in einer florentinischen Urkunde vom J. 1251 vorgefunden [8]); in derselben wird sich ausdrücklich auf das Stadtrecht von Florenz berufen [9]): so daß uns dieses bis

[5]) Vielleicht darf sogar ein Placitum vom J. 1058 hierher bezogen werden; s. hierüber unten § 8. Note 6.

[6]) Roffredus de libellis et ordine judiciorum. Rubr. de actione in factum, quae oritur ex confessione. (Belegst. S. 10)

[7]) Belegst. S. 242, 243.

[8]) Ughelli Italia sacra. Ed. 2. Venet. 1718. f. T. III. pag. 122—124; unten § 6.

[9]) Wie dieß auch späterhin in den zu Florenz errichteten guarentigirten Urkunden regelmäßig geschah.

Digitized by Google

auf Weiteres als das älteste Statut gelten muß, in welchem das Institut der Guarentigia vollständig vorkommt. Unter den Schriftstellern ist Guido de Suzaria der erste, bei welchem der Name der Guarentigia und eine gewisse kunstmäßige Beschreibung derselben mit der von da an sich gleichbleibenden eigenthümlichen Terminologie vorkommt [10]).

[10]) Ich glaube nicht, daß mir unter den Schriftstellern ein älterer entgangen ist; in Urkundensammlungen aber mag noch Manches zu finden seyn, obgleich die Absicht solcher Sammlungen regelmäßig auf etwas ganz Anderes gerichtet ist; Statuten endlich, in welchen die Guarentigia auch dem Namen nach vorkommt, muß es schon vor Guido mehrere gegeben haben (vgl. Num. 21, Num. 37, Num 46, Num. 52 des Traktats), so daß in dieser Beziehung noch gar Vieles zu finden seyn möchte. Mit Zuversicht hatte ich auf die umfangsreichen (ungedruckten) Statuten von Pisa aus dem XII. und XIII. Jahrhundert gerechnet. Nach einer Mittheilung des Herrn Professors Rudorff in Berlin, welcher deßhalb auf meine Veranlassung vor einigen Jahren die Güte hatte, die dort befindliche Abschrift einzusehen, ist jedoch das ganze Institut der guarentigirten Urkunden jenem Stadtrecht völlig fremd. (Daß es später in Pisa vorkommt, unterliegt keinem Zweifel.)

Digitized by Google

Wie nun gleich der Eingang des Traktats des Guido damit beginnt, den Gebrauch der guarentigiirten Urkunden als über ganz Toskana verbreitet zu bezeichnen [11]), so haben auch spätere Schriftsteller nicht vergessen, Toskana als das spezielle Vaterland der Guarentigia ausdrücklich hervorzuheben. So

1. Petrus Boaterius [12]), seit 1285 in der Praxis, seit 1292 im Lehramte, gestorben nach 1321;

2. Jacobus Buttrigarius [13]), geb. um 1274, gest. 1348;

3. Cinus de Pistorio [14]), geb. 1270, gest. 1336;

4. Bartolus de Saxoferrato [15]), geb. 1314, gest. 1357;

---

[11]) „in civitatibus et terris Thusciae." (Belegst. S. 42.)

[12]) Boaterius ad cap. III. Summae Rolandinae. Rubr. instrumentum solenne mutui etc. (Belegst. S. 93. ad 1.)

[13]) Buttrigarius in L. cum scimus C. ubi et ap. quem cogn. (Belegst. S. 105.)

[14]) Cinus in L. un. C. de confess. (Belegst. S. 110.)

[15]) Bartolus in L un. C. de confess. num. 3. (Belegst. S. 118.)

Digitized by Google

5. Baldus de Ubaldis [16]), geb. 1327, geſt. 1400;

6. Bartholomaeus de Saliceto [17]), geſt. 1412;

7. Raphael Fulgoſius [18]), geb. 1367, geſt. 1427.

Ja ſelbſt in unſer Corpus juris iſt ein ausdrückliches Zeugniß dieſer Art übergegangen, nehmlich in die von Baldus de Ubaldis herrührende glossa ordinaria ad libr. de pace Constantiae ad v. In causis:

Idem in L. 15 D. de re jud. num. 8. (Belegſt. S. 118, 119.)

Idem in L. 11 D. de transact. num. 2. (Belegſt. S. 119, 120.)

Idem in L. 3 § 2 D. Commodati. num. 11. (Belegſt. S. 121.)

[16]) Baldus in L 5 C. de exec. rei jud. num. 2. (Belegſt. S. 137.)

[17]) Salicetus in L. un. C. de confess. num. 7. (Belegſt. S. 157.)

Idem in L. 10 C. Mandati num. 8. (Belegſt. S. 159.)

[18]) Fulgosius in L. 2 C. de sent. quae sine certa quant. num. 4. (Belegſt. S. 165.)

Idem in L. un. C. de confess. num. 3. (Belegſt. S. 163.)

Digitized by Google

„Idem, quod in sententia, servabo in instrumentis guarentigiae habentibus vim sententiae per statuta Tusciae.“

Wie auch auſſerhalb Italien die Tradition dieſer älteren Zeugniſſe über das Vaterland der Guarentigia ſich ſtets erhalten hat, werden wir ſpäter ſehen.

§ 4.

Auch in ſprachlicher Beziehung wird der Ausdruck Guarentigia als eine Erfindung des toskaniſchen Dialekts bezeichnet; ſo von Baldus de Ubaldis [1]):

guarentare est vulgare Tuscorum, qui appellant instrumentum guarentigiae i. e. firmitatis et praecisum, cui omnino standum est.

Die Etymologie dieſes Worts hat keine Schwie-

[1]) Comment. super usib. Feud. (Ed. Papiae 1483 f. ohne Blattzahlen) in L. Corradi (II, 34.) sin autem inter pares. — cf. Guido de Suzaria de instr. guar. num. 33. (Belegſt. S. 58.) Raph. Fulgosius in L. 13 C. fam hercisc. (Belegſt. S. 164.) Jason de Mayno in L. 7 C. de juris et facti ignor. (Belegſt. S. 232): „Tu adverte, quod istud verbum guarentare est verbum inductum modo loquendi Tuscorum.“

Digitized by Google

rigkeit: unzweifelhaft iſt die Ableitung deſſelben aus der germaniſchen Wurzel war oder gar, (italiſirt guar,) wovon das teutſche wahren, (wahrnehmen,) gewähren, Gewähr, das franzöſiſche garantir, garnir, garantie, das ſpaniſche garantir und garantizar, guarentigia (Subſt.) und guarentigio (Adj.), das engliſche guaranty, was Alles nichts Anderes bedeutet, als das lateiniſche firmare, munire, cavere[1], firmitas, cautio. [2])

---

[1]) Baldus in L. Corradi cit. — Jason de Mayno in L. 7 C. de jur. et facti ignor.; idem in L. 1 § si quis ita D. de V. O. (Belegſt. S. 234.) L. Longob. II. 28, 5. Ottonis II. 7. (bei Georgisch corp. jur. germ. p. 1269. — Ed. Nic. Boherii s. l. e. a. [Lugd. 1502] 8vo fol. 66 b.) und Form. vet. ad h. l. (bei Georgisch l. c.) Math. Colerus de processib. executivis P. I. Cap. III. Num. 19 (Ed. Jen. 1595 f. pag. 102.). — Scaccia de judiciis. Lib. I. Cap. 62. Num. 22. (Ed. Frcf. 1669 f. pag. 168.) Christoph. Besoldus thesaurus pract. s. v. guarentigiatum instrumentum. (Ed. Ratisb. 1740 f. pag. 380.) Petr. Müller in addit. ad Struvii syntagma jur. civ. P. II. exerc. 28. (ad lib. XII. tit. IV. Dig.) § 22, nota β, Num. VIII. — Gensler, Kommentar zu Martin (Ausg. v. Guyet) zu § 239 Abſ. 3. — Bayer, ſummar. Proc. § 33 Note 4. —

Digitized by Google

Das latiniſirte guarentigia oder guarentigium (Subſt.) bedeutet demnach Sicherheit, Deckung [3]),

---

Wenig bedeutend iſt das, was Dufresne Glossar. ad scriptores mediae et inf. latinitatis s. v. guarentagium, guarentigia etc. (Ed. Basil. 1762 T. II. P. I. pag. 536 sq.) und s. v. Warda und Warantus etc. (T. III. P. II. p. 943 sqq.) mittheilt.

[3]) Die abweichende Meinung Kori's (Executiv-Proc. § 7 Note 28), welcher bei dieſer Gelegenheit aus Dufresne seigneur du Cange zwei Perſonen macht, beruht offenbar auf Mißverſtändniſſen. Er nimmt guarentigium (Subſt.) für gleichbedeutend mit »Brief im engeren Sinne, nehmlich eine Verſchreibung des Schuldners, welche ſofort Execution gewährt.« — Instrumentum im engeren Sinne heißt zwar allerdings Brief, d. i. ſchriftliche Urkunde; (im engſten und gewöhnlichſten Sinne verſteht man darunter nur notarielle Urkunden im Gegenſatze zu Privaturkunden;) guarentigia oder guarentigium aber hat niemals eine ſolche Bedeutung. Eben ſo wenig liegt in dem ſprachlichen Begriffe des Wortes Brief oder instrumentum irgend eine Andeutung der Wirkung (parate Exekution), welche poſitivrechtlich einem verbrieften Schuldbekenntniſſe beigelegt iſt. So richtig es demnach iſt, daß die Sicherheit (guarentigia), welche ein guarentigiirtes Inſtrument gewährt, in dem demſelben anklebenden Rechte auf parate Exekution beſteht, ſo wenig kommt hierauf bei Ermittelung der Etymologie etwas an.

Digitized by Google

und kommt in diesem Sinne noch heute in der italienischen und spanischen Sprache vor; instrumentum guarentigiatum oder guarentigiae also bedeutet wörtlich ein wohl verwahrtes, wohl befestigtes Instrument, eine Urkunde, welche vorzügliche Sicherheit gewährt [4]).

Diese Sicherheit besteht für exekutorische Urkunden eben in ihrer exekutorischen Eigenschaft, d. h. darin, daß die in einer solchen Urkunde versprochene Leistung ohne vorgängigen Prozeß über die materielle Rechtmäßigkeit des auf diese Leistung gerichteten Anspruchs sofort exekutive beigetrieben werden kann.

Dem Wortsinne nach konnte man unter guarentigiirten Urkunden auch Pfandbriefe, Bürgschaftsbestellungs-Urkunden, überhaupt alle irgendwie bevorzugten, durch besondere zur Natur des Geschäfts nicht nothwendig gehörende Kautelen [5])

---

[4]) Chr. Besold Disp. de processu judic. Cap. XIII. § 10. nota hh) Thes. pract. Ratisb. 1749 pag. 1221.): »ein wohlverwahrtes Instrument, damit man wohl versichert.«

[5]) Deren eine überreiche Anzahl im Gebrauche war; vgl. z. B. die Formularien von Rolandinus

befestigten Vertrags- und Schuld-Urkunden im Gegensatze zu den gemeinen, unprivilegirten verstehen; es ist daher zufällig, daß dieß nicht geschah, daß vielmehr die Benennung instrumentum guarentigiatum ausschließlich den exekutorischen Instrumenten, und zwar zunächst denjenigen vorbehalten blieb, deren exekutorische Eigenschaft aus den der italienischen Formular-Jurisprudenz eigenthümlichen Kautelen [6]) hervorgegangen war [7]).

§ 5.

Denn allerdings bedurfte es solcher besonderer Kautelen, um eine Urkunde mit der exekuto-

---

und Durantis, Belegst. S. 78 — 81, S. 96 bis 98.

[6]) Deren Inbegriff man gleichfalls mit dem Ausdrucke guarentigia bezeichnete; daher clausula guarentigiae, statutum guarentigiae, contractus guarentigiae.

[7]) Irrig ist daher die Behauptung Eichhorn's (Deutsche St. u. R. Gesch. § 463 Note g. c. — Th. III. S. 502 der 4. Ausg.), welcher, von der Voraussetzung des teutschen Ursprungs der Guarentigia ausgehend, die Bedeutung der Guarentigia in die Beziehung auf die siegelmäßige Beglaubigung der Urkunden (welche übrigens keineswegs eine teutsche Partikularität ist) setzen will.

Digitized by Google

rischen Eigenschaft zu bekleiden, und man würde sich sehr täuschen, wenn man, befangen in der heut zu Tage gültigen Vorstellung von dem Wesen der guarentigiirten Urkunden und des Exekutivprozesses, unter den frühesten Erscheinungen dieses Instituts dasjenige zu finden hoffte, was hierüber in unseren Kompendien gelehrt wird.

Daß eine schriftliche Urkunde blos wegen ihrer Eigenschaft als schleuniges Beweismittel und ohne besondere Stipulationen ein Recht auf parate Exekution und gar noch eine besondere Prozeßart für die Geltendmachung dieses Rechts begründen sollte, lag weit ab von dem, was man damals für rechtliche Wahrheit zu nehmen gewohnt war. Ein solcher Satz ließ sich nicht einmal in den germanischen Volksrechten nachweisen; noch weniger im römischen Rechte, von welchem man anerkannte, daß es damit geradezu im Widerspruch stehe [1]).

[1]) Es sey hier zu allem Ueberflusse ein für allemal bemerkt, daß die wegen ihrer Aehnlichkeit mit einigen Hauptsätzen der Theorie des Exekutivprozesses sehr interessanten Stellen des Cod. Theod: L. 3. L. 6. de denunt. ohne alle Bedeutung für die Geschichte des Exekutivprozesses geblieben sind.

Digitized by Google

Auch in der Bekräftigung schriftlicher Urkunden durch Siegelung würde man die Quelle ihrer exekutorischen Wirksamkeit vergeblich suchen, obwohl wir gewohnt sind, Siegel und Brief für gleichbedeutend mit guarentigiirter Urkunde zu nehmen. Die förmliche Siegelung war allerdings wie in Teutschland, Spanien und Frankreich, so auch in Italien ein unerläßliches Erforderniß zur Herstellung der vollständigen und unwidersprechlichen Glaubwürdigkeit schriftlicher Urkunden, und das Recht der Siegelung stand ausser den öffentlichen Behörden und den Notarien, deren Urkunden man instrumenta publica nannte, auch den geistlichen und weltlichen Großen zu, deren gesiegelte Urkunden man instrumenta authentica nannte. Allein dieser höhere Grad von Glaubwürdigkeit war und blieb auch die einzige natürliche und positive Wirkung der Siegelung. Wie wollte man denn aus dem bloßen, wenn auch noch so glaubwürdigen, Nachweise der Intention einer Partei ein Recht der paraten Exekution folgern, dessen Ausübung der andern Partei nicht nur die Befugniß zum Widerspruch gegen die Glaubwürdigkeit jenes Nachweises, sondern

Digitized by Google

auch den Gebrauch selbstständiger Einreden, mithin das rechtliche Gehör selbst entzog!

Von der Gesetzgebung endlich war der erste Schritt zur Einführung eines auf so abnormen Grundsätzen beruhenden Instituts eben so wenig zu erwarten. Hier kommt nehmlich zuerst der damalige politische Zustand Italiens in Betracht, die Zersplitterung dieses Landes in eine Menge mehr faktisch als rechtlich selbstständiger Republiken, deren Recht zur Gesetzgebung in der ersten Periode ihres Bestehens gar sehr bestritten und zweifelhaft war. Aber auch für die Folgezeit und nachdem die äußeren Hemmnisse der statutarischen Gesetzgebung mehr und mehr geschwunden waren, war sie doch stets dem beschränkenden Einflusse des historischen, besonders des römischen Rechts unterworfen [2]), mehr Produkt des alten Rechtszustandes, als Faktor eines neuen, wohl dazu

[2]) Noch zu einer Zeit, da das ganze Land mit Statuten bereits überschwemmt war, wurde häufig von einflußreichen Theoretikern einzelnen statutarischen Bestimmungen, weil man sie mit Hauptgrundsätzen des römischen Rechts im Widerspruche fand, die Gültigkeit bestritten.

Digitized by Google

geeignet, das auf zu nehmen und zu fixiren, was man auf anderem Wege — auch wohl auf Umwegen — den herrschenden Rechtselementen nach und nach abgewonnen hatte, aber nicht dazu berufen, einen anerkannten Hauptsatz des positiven Rechts mit Bewußtseyn durch etwas völlig Neues zu verdrängen.

Der Praxis also, der geräuschlosen Uebung, unter dem Einflusse theoretischer Nachhülfe, mußte es vorbehalten bleiben, die Mittel zu erfinden, mit welchen den Hemmnissen des positiven Rechts auszuweichen und ein Institut, wie das der exekutorischen Urkunden zu begründen war, welches vorerst in dürftiger Gestalt und in kleinen Bezirken auftretend, bald ein stattliches Aussehen und eine weitverbreitete Wirksamkeit erlangen sollte.

Fragen wir nun: welches waren denn die Mittel, mit welchen man so große Dinge bewirkte? welches waren jene Kautelen, mittels welcher man den Vertragsinstrumenten die exekutorische Wirksamkeit vindicirte? oder mit andern Worten: worin bestand denn die italienische Guarentigia? so ist die für den ersten Anblick etwas sonderbare,

Digitized by Google

aber einſtimmige Antwort aller von Guido de Suzaria bis in das XVII Jahrhundert in ununterbrochener Folge reichenden Zeugniſſe keine andere als folgende:

die Kontrahenten kleideten ihre Promiſſion in die Form eines gerichtlichen oder quaſigerichtlichen Geſtändniſſes (confessio in jure) ein, welches ſie in früheſten Zeiten vor dem ordentlichen Richter, ſpäter vor dem die Vertragsurkunde ausfertigenden Notar (judex chartularius) ablegten, und von dieſem den richterlichen Befehl, das Verſprochene binnen einer gewiſſen Friſt zu leiſten (praeceptum s. mandatum de solvendo executivum, als Anfang einer jeden Exekution, hier vorzugsweiſe praeceptum guarentigiae genannt,) entgegennahmen.

Azo (um's Jahr 1200), vollſtändiger Roffredus (um's Jahr 1215) und ein Statut von Padua aus dem Jahre 1236 liefern Zeugniſſe für jene ältere Form der confessio coram judice ordinario [3]), für welche, wie es ſcheint, die

[3]) Azonis Summa in L. un. C. de confess. num. 7. Belegſt. S. 4. — Roffredus de libellis et ord. judic. P. IV. Rub. de actione, quae oritur ex con-

Benennung guarentigia noch nicht gebräuchlich war.

Die confessio coram notario, welche schon in dem Statut von Padua mit gleicher Wirksamkeit wie die coram judice wenigstens erlaubt war, wurde von nun an immer gewöhnlicher und bildete zuletzt die allgemeine Regel. Es wird zu größerer Anschaulichkeit dienen, wenn wir bei Mittheilung der Zeugnisse etwas umständlicher verfahren und wenigstens einige derselben dem Leser unmittelbar vor das Auge bringen:

1. Guido de Suzaria [4]):

Praeceptum autem guarentigiae communiter sit sic: quia dicit tabellio et praecipit per sacramentum guarentigiae, quod observent et faciant [partes], quod promiserunt; et tale praeceptum habet vim sententiae et per judicem mittitur exequutioni infra decem dies absque juris so-

---

fessione. Belegst. S. 9, 10. — Statuta communis Paduae Lib. II. Rub. IV. l. 5. Ed. Vincent. 1482 fol. 11 b et 12 Belegst. S. 242, 243.

[4]) Tr. de instr. guar. num. 1. Belegst. S. 42, 43; — vgl. ebendas. S. 67 Num. 47 (wo jedoch durch einen Druckfehler 57 statt 47 steht): »instrumento guarentigiae inde confecto manu notarii.«

Digitized by Google

lennitate, et huic instrumento statur nec potest opponi nisi exceptio solutionis per aliud instrumentum guarentigiae.

2. Petrus Boaterius [5]):

dico, quod praeceptum est quaedam sententia interlocutoria quodammodo secum trahens executionem; ... et facit illud judex pro tribunali sedens praesente creditore, et fit debitori debitum sponte confitenti, alias non posset fieri; in Thuscia tamen et in quibusdam civitatibus fit a tabellionibus, quod appellant praeceptum varentigiae.

3. Petrus de Unzola [6]):

Item nota, quod in quibusdam locis secundum statuta vel consuetudines loci si de debito chirographum [7]) fiat, idem tabellio, qui fecit instrumentum, facit praeceptum et inserit instrumento.

---

[5]) Expositio ad Auroram Rolandini Cap. III. Rub. Instrumentum solenne mutui ... diversis fulcitum pactis. Belegst. S. 93.

[6]) Additio ad Rolandinum l. c. Belegst. S. 89.

[7]) chirographum steht hier sehr ungewöhnlich für instrumentum.

Digitized by Google

4. Jacobus Buttrigarius [8]):

Attende, quod judices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent jurisdictionem inter volentes tantum, et multi sunt in Tuscia: nam quasi omnes tabelliones sunt judices ordinarii et faciunt instrumenta debiti et mandant in eodem instrumento debitori volenti et sponte confitenti, quod solvat usque ad talem diem.

5. Cinus de Pistorio [9]):

praeceptum guarentisiae, i. e. confessio, quae fit in Tuscia, maxime Florentiae, a judicibus et notariis habentibus super hoc potestatem a statutis terrarum, quod quidem praeceptum habet paratam executionem.

Auf völlig gleiche Weise:

6. Bartolus de Saxoferrato [10]),

---

[8]) Lectura super L. 3 C. ubi et ap. quem cognitio. Belegst. S. 105.

[9]) Comment. in L. un. C. de confess. Belegst. S. 110. Idem in L. 14 C. de non num. pec. Belegst. S. 116.

[10]) In L. un. C. de confess. num. 3. Belegst. S. 118. — Idem in L. 15 § 1 D. de re jud. num. 8. Belegst. S. 118, 119. — Idem in L. 2 D. de confess. num. 15. Belegst. S. 121. 122. —

Digitized by Google

7. Baldus de Ubaldis [11]),
8. Angelus de Ubaldis [12]),
9. Bartholomaeus de Saliceto [13]),
10. Paulus de Castro [14]):

instrumentum confessionatum, quod communi vulgari dicitur guarentigiatum, puta, quando in fine continetur clausula, quod debitor confitetur omnia supradicta vera esse et notarius tamquam judex ordinarius facit sibi praeceptum, quod debeat solvere, quandocunque fuerit requisitus.

11. Antonius de Canario [15]),
12. Benedictus de Barzis [16]),
13. Alexander Tartagnus [17]),

---

[11]) In L. 27 C. de fideiuss. et mand. Belegst. S. 136. — Idem in L. 5 C. de exec. rei jud. num. 2. Belegst. S. 138. — Idem in L. 14 C. de non num. pec. num. 15. Belegst. S. 147.

[12]) In L. 5 D. de re jud. Belegst. S. 148, 149.

[13]) In L. un. C. de confess. Belegst. S. 157. — Idem in L. 10 C. mandati. Belegst. S. 159.

[14]) In L. 56 D de re jud. Belegst. S. 176, 177. Idem in L. 71 § 2 D. de condit. et demonstr. num. 3. Belegst. S. 176.

[15]) Tr. de exec. instrum. num. 8. Belegst. S. 185.

[16]) Tr. de guarentigia P. I. qu. 1. Belegst. S. 215.

[17]) In L. 5 D. de re jud. Belegst. S. 225.

Digitized by Google

14. Bartholomaeus Socinus [18], geb. 1436 in Siena, geſt. 1507:

instrumentum guarentigiatum habet executionem paratam, quoniam nihil aliud est guarentigia, nisi praeceptum factum in confessum per notarium de instrumento rogatum, effectum judicem ordinarium, de observando promissa.

15. Jaſon de Mayno [19],

16. Jacobus Menochius [20]:

guarentigiam nihil aliud esse, quam praeceptum quoddam, quod fit per notarium de instrumento rogatum parti roganti, ut observet in instrumento contenta.

17. Jo. Bapt. Aſinius [21],

---

[18]) Consil. Mariani et Bartholomaei de Socinis. Lugd. 1546. fol. Vol. IV. cons. 79, num. 49. fol. 74 b.

[19]) In L. 7. C. de jur. et facti ignor. Belegſt. S. 232, 233. — Idem in L. 1 § 2. D. de V. O. num. 28. Belegſt. S. 235. — Idem in L. 3 C. de edicto D. Hadr. toll. Belegſt. S. 238, 239. —

[20]) De arbitrariis judicum quaestionib. et causis. Lib. II. Centur. I. Cas. 17. (Colon. Agripp. 1684. f. pag. 123.)

[21]) Tr. de executionib. et processib. executivis. § I cap. XXV. num. 2. (Ed. Frcf. 1602. pag. 26.) Er wiederholt wörtlich die oben angeführten Stellen von Tartagnus und Socinus.

Digitized by Google

18. Sigism. Scaccia [22]):

guarentigia autem nihil aliud est, ut tradit Jason, quam illud praeceptum factum debitori a notario in instrumento de solvendo infra decem dies.

§ 6.

Wo es üblich war, das praeceptum s. mandatum de solvendo nur vom ordentlichen Richter ergehen zu lassen, da pflegte man doch regelmäßig die vertragsmäßige Verpflichtung zur Uebernahme eines solchen richterlichen Mandats schon coram notario, d. h. bei Errichtung der Urkunde über das Hauptgeschäft einzugehen [1]) und durch die Bestimmung einer Konventionalstrafe zu befestigen. Die stehende Formel dieser Verpflichtung gibt Rolandinus (welcher im J. 1224 Notar, späterhin auch Professor der Notariatskunst war) in einem Formular zu Schuldurkunden folgendermaaßen:

---

[22]) Tr. de judiciis. Lib. I. Cap. 62. num. 22. (Ed. Frcf. 1669. Pag. 168.)

[1]) Siehe Petr. de Unzola ad summam Roland. Cap. IX Rub. de processu contra reum confessum. (Belegst. S. 90.)

Digitized by Google

Insuper promiserunt [debitores] in solidum praeceptum recipere a communi Bononiae hinc ad tertiam diem de dicta pecunia solvenda praedicto termino sub poena XXV librarum bonon. stipulantibus promissa, qua soluta vel non rata maneant praedicta. Quod praeceptum ad dictum terminum recipi iidem creditores ibidem et in praesenti denunciaverunt debitoribus antedictis [2];

eben ſo Durantis:

Insuper promiserunt in solidum praeceptum recipere a tali judice ad certum diem de dicta pecunia praedicto termino solvenda sub poena XXV librarum turin. stipulatione solenni promissa, u. ſ. w. [3].

Urkunden mit dieſer Klauſel nannte man zur Zeit des Baldus instrumenta confessionata (im engeren Sinne) im Gegenſatz zu den guarentigiatis im engeren Sinne [4].

---

[2]) Belegſt. S. 80, 81.

[3]) Belegſt. S. 97, 98.

[4]) Nehmlich denjenigen, welche neben der confessio coram notario auch das praeceptum notarii enthielten.

Digitized by Google

Die Formel für das praeceptum judicis lautet bei Rolandinus:

> Dominus talis judex praecepit Antonio, ut det et solvat Corrado hinc ad X dies proximos XX libr. bonon., quas ex causa mutui se ipsi Corrado debere dare confessus est et hoc contineri in publico instrumento scripto manu talis notarii. [5])

und bei Durantis:

> Ego talis judex audita confessione tua praecipio tibi, ut des et solves hinc ad X dies centum solidos turinos P., quos ex causa mutui eidem P. te debere et contineri in instrumento publico manu talis notarii confecto de plano in judicio es confessus. [6])

Für die clausula guarentigiae im engeren Sinne, in welcher der Notar auf die vor ihm abgelegte confessio als judex chartularius sein praeceptum de solvendo erläßt, findet sich die älteste Formel in einer florentinischen Urkunde über einen Tauschvertrag vom Jahr 1251, durch welchen der Bi-

---

[5]) Belegst. S. 84.
[6]) Belegst. S. 100.

Digitized by Google

ſchof von Florenz dem Propſt einer geiſtlichen Brüderſchaft für die bisher von derſelben innegehabten Realitäten andere überläßt; am Schluſſe dieſer Urkunde heißt es: [7])

Acta sunt haec omnia supradicta in Palatio Episcopatus Florentini sub anno Domini MCCLI indictione XI. 3 id. Septembris praesentibus testibus ad haec rogatis .... Coram quibus testibus in continenti Jacobus de Cerreto, judex et notarius infrascriptus, praedicto Domino Episcopo volenti et confitenti praedicta, sicut ei [8]) licebat, per guarentisiam ex tenore capituli constitutionis Florentinae civitatis districte nomine juramenti praecepit, eis [9]) tamen reverentia salva, et [10]) ita observet et faciat omnia supradicta, ut superius continetur.

Vollkommen ähnlich iſt auch das Formular, deſſen ſich die Notare zu Florenz noch um's J. 1577 alltäglich bedienten:

---

[7]) Ferd. Ughelli, Florentini, Italia sacra. Ed. 2. Venet. 1718. f. Tom. III. p. 124.

[8]) sc. notario.

[9]) Leg. ejus, sc. Episcopi.

[10]) Leg. ut.

Digitized by Google

quibus quidem Antonio et Dominico [11]) praesentibus audientibus et intelligentibus et praedicta omnia et singula sic volentibus et confitentibus ego Leonardus judex ordinarius et notarius publicus infrascriptus praecepi per guarentigiam vice et nomine juramenti, prout mihi licuit et licet ex forma statutorum et ordinamentorum communis Florentiae de guarentigia loquentium, quatenus praedicta omnia et singula, ut supra per eos promissa et conventa, attendant et observent juxta praesentis publici instrumenti vim, formam, tenorem, seriem et effectum in omnibus et per omnia. [12])

Eine ähnliche Formel enthält das im Jahr 1544 reformirte Stadtrecht von Piſtoja:

---

[11]) Namen der Kontrahenten.

[12]) Formularium quotidianum contractuum secundum stilum potissime Florentinum ... (Officielle Ueberarbeitung einer älteren Sammlung.) Florentiae 1577. 8. p. 55. — Die Formularien dieſer Sammlung (aus einer älteren Ausgabe), insbeſondere die clausula guarentigiae, ſogar mit der darin enthaltenen Allegation der Statuten von Florenz, ſind meiſtens wörtlich ſchon in eine Ars notariatus. Francof. 1539. f. ohne Angabe der Quelle aufgenommen.

Digitized by Google

praecepit Ser Joannes Desiderii de Fortiguerris de Pistorio, cancellarius dictae civitatis, notarius et judex ordinarius pro volenti et confitenti, quod solvat praefatum debitum vel rem praedicto N. infra terminum in praedicta scriptura contentum, vel quod defendat dictam rem, et seu instrumentum et scripturam, prout in eis continetur, attendat et observet [13]).

Jason de Mayno gibt folgende Formel: quia talis est confessus se debere decem coram me tali, ego notarius jubeo et praecipio sibi, quod det tali decem infra tale tempus. [14])

Eine Vereinigung beider Formen, nehmlich das pactum de recipiendo praecepto judicis ordinarii neben der gleichzeitigen Uebernahme des praeceptum notarii, findet sich in nachstehender, wie es scheint, vorzugsweise in Piacenza üblichen Formel:

Petrus Antonius ... promisit restituere Jacobo ... libras CC denarior. placentin., quas fuit

---

[13]) Statuta civitatis Pistorii. Flor. 1546. fol. 48 b. — Belegst. S. 344.

[14]) Jason in L. 1 § 2. D. de V. O. num. 28. — Belegst. S. 235. —

Digitized by Google

confessus habuisse et recepisse a dicto Jacobo ... nomine mutui et ex causa mutui, .. et se sponte suscepturum terminum [15]) coram domino Vicario domini Potestatis Placentiae et ad ejus tribunal ad omnem ipsius Jacobi requisitionem; et ex nunc ipsum terminum suscepit a me notario infrascripto tamquam publica persona et judice, et prout melius et efficacius ac validius fieri et esse possit, de solvendo et restituendo pecunias praedictas ad terminum, de quo supra. [16])

§ 7.

Schon die bisherigen Mittheilungen über die äußere Form und die Wirksamkeit der italieniſchen Guarentigia würden hinreichen, uns über die inneren rechtlichen Grundlagen dieſes Inſtituts aufzuklären. Zu allem Ueberfluſſe aber bietet der wahrhaft verſchwenderiſche Fleiß, welcher von

---

[15]) Terminum suscipere wird häufig ſtatt praeceptum suscipere gebraucht.

[16]) Formularius instrumentorum egregii causidici D. Petri Dominici de Mussis nobilis Placentini. Venetiis s. a. 4to. fol. 128 und an vielen andern Stellen.

Digitized by Google

den italieniſchen Juriſten des Mittelalters auf dieſe Materie verwendet worden iſt, noch außerdem einen ſo reichen Vorrath von Materialien dar, daß ſich die hier zu beantwortende Frage bis in das kleinſte Detail verfolgen läßt.

Hier tritt nun vor Allem, und zwar ſchon in den früheſten Zeiten, das Beſtreben hervor, das ganze Inſtitut der guarentigiirten Urkunden als einen Ausfluß des römiſchen Rechts gelten zu laſſen, indem man zur Begründung und Rechtfertigung deſſelben die Grundſätze des römiſchen Rechts über die confessio in jure benützte, an deren Spitze der folgenreiche Satz ſteht:

confessus in jure pro judicato habetur.

Die Hauptſtellen des römiſchen Rechts, welche man hierbei vor Augen hatte, ſind folgende:

L. 1 D. de confessis:

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.

L. 3 eodem:

Julianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset et si iam a natura recesserit, ita tamen, ut in aestimationem ejus

damnetur: quia confessus pro judicato habetur.

L. 6 eodem:

Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit.

§ 1. Si quis incertum confiteatur, vel corpus sit confessus, Stichum vel fundum dare se oportere, urgeri debet, ut certum confiteatur, item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur ....

§ 6. Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa judicati habebunt.

L. 30 D. de re judicata:

Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat. Si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possunt explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli D. Pius in haec verba praescripsit: His, qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur; eorum, qui intra

Digitized by Google

diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; . . .

L. 56 D. de re jud.

Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem Divi Marci: quia in jure confessi pro judicatis habentur.

L. 25 § 2 D. ad l. Aquil.

Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, judex non rei judicandae sed aestimandae datur: nam nullae sunt partes judicandi [1]) in confitentes.

L. un. C. de confessis. (Reſcript von Caracalla.)

Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogeris.

Der Sinn dieſer geſetzlichen Beſtimmungen geht einfach dahin:

Der confessus in jure wird dem durch richter-

[1]) alias: judicantis.

liches Erkenntniß Verurtheilten gleich geachtet; es bedarf daher einer Verurtheilung deſſelben zu demjenigen, deſſen er geſtändig iſt, nicht mehr. In allen Fällen begründet demnach die confessio in jure [2]) dieſelbe förmliche Wahrheit unter den Parteien, welche durch ein rechtskräftiges Erkenntniß begründet wird. In jenen Fällen aber, in welchen der Inhalt des Geſtändniſſes ſo beſchaffen iſt, daß er, als Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntniſſes gedacht, ſofort vollſtreckbar [3]) wäre, muß auch die confessio in jure ohneweiters vollſtreckbar ſeyn; dem confessus in jure läuft daher von dem Zeitpunkte der confessio die nehmliche Zahlungsfriſt, welche auch dem judicatus vergönnt iſt, tempora quasi ex causa judicati [4]). Geſtändniſſe, welche dieſe

---

[2]) Daß die confessio, um irgend eine Wirkſamkeit zu haben, an ſich rechtsgültig ſeyn muß, verſteht ſich von ſelbſt und kommt hier zunächſt gar nicht in Betracht.

[3]) Im engeren Sinne; denn im weiteren Sinne iſt freilich jedes rechtskräftige Erkenntniß vollſtreckbar, ſelbſt ein rechtskräftiges Beweisinterlokut.

[4]) Nach Juſtinianeiſchem Rechte eine Friſt von vier Monaten, zur Zeit der Gloſſe vermöge eines allgemei-

Digitized by Google

Beſchaffenheit nicht haben, welchen ſonach zwar die Wirkſamkeit förmlicher Wahrheit, nicht aber die der ſofortigen Exekution zukommt, können von zweierlei Art ſeyn: entweder, indem ſie zwar auf die Hauptverbindlichkeit gerichtet ſind, dieſe aber in quanto oder quali nicht liquid iſt, incertum, res non certa; oder, indem ſie gar nicht auf die Hauptverbindlichkeit, ſondern nur auf eine Vorfrage, von welcher die Beurtheilung der Hauptverbindlichkeit abhängig iſt, gerichtet ſind. Im erſten Falle muß der Exekution ein förmlicher Liquidationsprozeß vorhergehen, welcher mit der Verurtheilung zu einer in quanto et quali beſtimmten Leiſtung ſchließt. Im zweiten Falle iſt die Vorfrage durch das Geſtändniß zwar eben ſo beſtimmt entſchieden, als ſie es durch ein rechtskräftiges Erkenntniß geweſen ſeyn würde; von Exekution kann aber keine Rede ſeyn, weil zur Zeit über die Hauptverbindlichkeit ſelbſt rechtliche Gewißheit weder durch Geſtändniß noch durch Richterſpruch vorliegt.

---

nen Gewohnheitsrechts eine Friſt von 10 Tagen. Vgl. gl. indultum est ad L. 21 D. de judiciis.

Digitized by Google

Es bleibt nur übrig, zu bestimmen, was man unter confessio in jure zu verstehen habe, eine Frage, an welcher schon die Glossatoren strauchelten. Nunmehr zwar ist es eine bekannte Sache [5], daß die Bedeutung der confessio in jure aus dem zur Zeit Justinians freilich schon untergegangenen ordo judiciorum privatorum zu erklären ist, dessen Wesen auf der Trennung des Prozesses in zwei Abschnitte beruhte, in das Verfahren vor dem Prätor, in jure, und das vor dem Juder, in judicio. Das Verfahren vor dem Prätor hatte die Aufgabe, den eigentlichen Rechtsstreit lediglich vorzubereiten, die Streitfrage zu fixiren [6]; mit dem Verfahren vor dem Juder beginnt der eigentliche Rechtsstreit, seine Aufgabe ist es, die Streitfrage zu lösen. Unter der confessio in jure verstand man daher nur das bei Gelegenheit des vorbereitenden Verfahrens vor dem Prä-

[5] Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1827. Abhdlg. IV: über das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß. S. 260 ff. — Vgl. Zimmern der Röm. Civilprozeß in geschichtl. Entwicklung. § 125. 126.

[6] Analog unserem ältern Verfahren bis zum Relevanzbescheide, dem neuern bis zum Beweisinterlokut.

tor abgelegte Geſtändniß; nur auf dieſes Geſtändniß iſt die Rechtsregel confessus pro judicato est gerichtet, nicht aber auf das Geſtändniß vor dem Judex, confessio in judicio.

In jure konnte das Geſtändniß auf zweierlei Weiſe vorkommen: entweder indem der Beklagte den Anſpruch des Klägers ſeinem ganzen Umfange nach anerkannte[7]), oder indem er eine von jenen dem Prätor geſtatteten Fragen, interrogationes in jure, mit einem Geſtändniß beantwortete. Solche interrogationes in jure [8]) bezogen ſich jedoch nicht auf die Hauptverbindlichkeit, ſondern nur auf gewiſſe Vorfragen über Punkte,

---

[7]) Daß in dieſem Falle, — ſelbſt wenn der Verklagte ſich weigert, den anerkannten Anſpruch des Klägers zu befriedigen, — kein Prozeß, (dem es ſogar am Objekt fehlt,) alſo auch kein verurtheilendes Erkenntniß nachfolgen, ſondern nur der unmittelbare Zwang zur Leiſtung der Verbindlichkeit (ein Akt der vollziehenden, nicht der richterlichen Gewalt) eintreten kann, beruht wahrhaft auf innerer Nothwendigkeit der Natur der Sache. Vgl. v. Gaisberg allgemeine Vorkenntniſſe zur Theorie des bürgerl. Proc. § 28—31 und § 61—62.

[8]) Tot. tit. D. de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus. (11, 1.)

Digitized by Google

welche wir unter der Paſſivlegitimation zur Sache zu begreifen pflegen [9]), und über ähnliche Punkte [10]).

---

[9]) Z. B. wenn der Erbe des urſprünglichen Schuldners belangt wird, an heres sit? quota ex parte heres sit? — Die in den Geſetzen ausdrücklich genannten Fälle der interrogatio in jure ſtellt die Gloſſe zu L. 1 D. h. t. folgendermaaßen zuſammen: prima: an sit heres? secunda: pro quota parte? tertia: qualiter sit heres? quarta: an servum noxium possideat? quando convenitur noxaliter; quinta: an sua sit quadrupes? [quae pauperiem fecisse dicatur.] sexta: an possideat aedes, quarum nomine petitur caveri de damno? septima: pro qua parte? octava: si penes se habeat peculium? Nona: de aetate; decima: an possideat ille, contra quem agitur in rem? Undecima: pro qua parte? — Auch bezüglich dieſer Fragen liegt es völlig in der Natur der Sache, daß, ſobald der Beklagte mit einem dem Kläger genügenden Geſtändniſſe geantwortet hatte, hierüber, als über ein klares, von keinem Theile in Conteſtation gezogenes Rechtsverhältniß, kein Rechtsſtreit entſtehen konnte, daß aber der Streit darüber: ob der geſtändigermaaßen zur Sache legitimirte Beklagte in der Hauptſache verpflichtet ſey, den Anſpruch des Klägers anzuerkennen? allerdings noch geführt werden mußte.

[10]) Z. B. über das Alter (L. 11. pr. D. h. t.) und andere Verhältniſſe des Beklagten, von welchen die Rechtsfähigkeit deſſelben, vor Gericht zu handeln, abhangt.

Digitized by Google

Mit dem Untergange des alten ordo judiciorum privatorum war zwar die Trennung des Verfahrens in das vor dem Prätor und das vor dem Juder verſchwunden; da aber doch die auf dieſe Trennung berechneten geſetzlichen Beſtimmungen über die confessio in jure und die interrogationes in jure noch in der Kompilation Juſtinians vorkommen, ſo kommt es, um dieſelben richtig anwenden zu können, vor Allem auf die Frage an: welche Anhaltspunkte das neuere Verfahren zu einer wenigſtens analogen Anwendung derſelben darbietet?

Die Gloſſatoren, obgleich von den irrigſten Vorausſetzungen ausgehend, haben dieſe Frage, wie mir ſcheint, in der Hauptſache doch ſehr richtig gelöſ't. Obgleich ſie die geſchichtliche Bedeutung des Unterſchieds zwiſchen jus und judicium

---

Auf ähnliche Punkte muß man ohne Zweifel die allgemeine Regel der L. 21 D. h. t. beſchränken: Ubicunque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est. Dem Begriffe römiſcher aequitas würde es widerſtreiten, wenn man in dieſer allgemeinen Regel eine ganz willkührliche Ausdehnung des Fragerechtes finden wollte.

Digitized by Google

nicht kannten, vielmehr unter confessio in jure jedes gerichtliche Geständniß verstanden [11]) und somit konsequenter Weise die Regel: confessus in jure pro judicato est mit allen ihren Folgen auf jedes gerichtliche Geständniß hätten anwenden müssen, wie in der That Einige vor Accursius lehrten [12]), so machte sich doch die entgegengesetzte Ansicht geltend, welche streng unterschied, ob das Geständniß vor der Litiscontestation oder nach derselben abgelegt wurde. Nur auf jene vor der Litiscontestation abgelegten Geständnisse soll der Grundsatz confessus in jure pro judicato est seinem vollen Umfange nach angewendet werden, so daß es keines verurtheilenden Erkenntnisses bedarf, sondern dem confessus

---

[11]) Azonis summa ad L. un. C. de confessis num. 2. et num. 4. Belegst. S. 2, 3. — Roffredus de libellis et ordine judicior. P. IV. rubr. de actione in factum vel utili, quae oritur ex confessione, vers. Primum et secundum. Belegst. S. 8. — Glossa ad L. un. C. de confessis. Belegst. S. 11 und 12. —

[12]) Siehe Azo a. a. O. Num. 6. Belegst. S. 3. — Gl. ad L. un. C. de confess. ad v. solvere. Belegst. S. 12. —

Digitized by Google

ſofort das praeceptum de solvendo, d. h. der Befehl, innerhalb der auch dem judicatus vergönnten Friſt zu zahlen, ertheilt werden kann. Auf Geſtändniſſe aber, welche nach der Litisconteſtation vorkommen, muß ein förmliches Erkenntniß erfolgen [13]).

Dieſer Unterſchied, obgleich man eine wiſſenſchaftliche Begründung deſſelben durchaus vermißt, ſcheint ganz dazu geeignet, das Analogon für die frühere Trennung des Verfahrens in jure und in judicio darzuſtellen. Denn auch das Verfahren in jure mußte in allen Fällen, in welchen ein judicium noch zuläſſig und nöthig war, mit der Litisconteſtation ſchließen. War nun auch dieſe ältere Litisconteſtation im Ganzen ſehr verſchieden von der neueren, ſo glichen ſie ſich doch beide in dem für unſere Frage ganz entſcheidenden Punkte, daß hier wie dort die Litisconteſtation

---

[13]) Glossa ad L. un C. de confess. ad v. solvere, vers. *Item habetur pro judicato.* (Belegſt. S. 12 und 13): »Et hoc [sc. quod confessionem debeat sequi sententia], si lis fuerit contestata; alias sufficit in confessum dari quoddam praeceptum in certum diem, ut ff. de jud. l. si debitori.«

Digitized by Google

der formelle Anfangspunkt des eigentlichen Rechtsstreites ist [14]), der Akt, durch welchen manifestirt wird, daß es sich nunmehr von dunklen oder bestrittenen Rechtsverhältnissen handelt, welche, — als eigentlicher Gegenstand *richterlicher* Thätigkeit, — nur durch richterliches Erkenntniß geschlichtet werden können [15]).

§ 8.

Die Theorie der Glossatoren über die Folgen des gerichtlichen Geständnisses geht daher von folgendem Grundsatze aus:

ein jedes (an sich rechtsverbindliche) gerichtliche Geständniß, welches vor der Litiscontestation abgelegt worden ist, hat die Wirksamkeit

---

[14]) Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. Bd. I. (Bonn 1834.) § 23 S. 261.

[15]) Geständnisse, welche nach der Litiscontestation vorkommen, müssen daher immer so angesehen werden, als ob die geständige Partei zwar diese oder jene den Inhalt des Geständnisses ausmachende Thatsache, hiermit aber nicht die Verbindlichkeit zur Leistung dessen, was der Kläger in Anspruch nimmt, einraumen wollte; es muß daher durch richterliches Erkenntniß ermittelt werden, ob der Inhalt des Geständnisses hinreicht, um die Rechtmäßigkeit des Klaganspruchs zu begründen.

Digitized by Google

eines rechtskräftigen Erkenntniſſes; daſſelbe kann daher nicht nur durch eine actio in factum, (gleich der actio judicati,) ſondern auch durch einfaches Anrufen des officium judicis um ſofortige Einleitung des Exekutionsverfahrens mittels Erlaſſung eines auf dieſelbe Zahlungsfriſt, welche dem judicatus gegönnt iſt, gerichteten praeceptum s. mandatum de solvendo realiſirt werden (parata executio).

Da im außerordentlichen, ſummariſchen Verfahren, welches sine oblatione libelli eingeleitet wurde, eine Litiscontestation überhaupt nicht vorkam, ſo mußte dieſes als das plauſibelſte Mittel erſcheinen, um ein zur ſchleunigen Exekution geeignetes Geſtändniß zu erlangen. Die Form dieſes außerordentlichen Verfahrens war interrogatoriſch [1], Nachahmung der alten interroga-

[1]) »Cum sine libello simpliciter ad instantiam actoris« (»citra formam judicii« »extra ordinem vel ex abrupto« »jure extraordinario«) »judice interrogante reus confitetur.« Siehe Azo a. a. O. Num. 7. Belegſt. S. 4. — Roffredus a. a. O. Belegſt. S. 10. — Accurſius zu L. 25. D. ad l. Aquil. gl. sed aestimandae, (Belegſt. S. 16.) zu Authent. de exhib. et introducendis reis cap. III. gl. litis contestationem. Belegſt. S. 17.

tiones in jure, wenigſtens ſcheinbar gerechtfertigt durch die dem Wortlaute nach ſehr allgemeine Regel der L. 21 D. h. t. Ubicunque judicem aequitas moverit, aeque fieri interrogationem dubium non est [2]).

Wie ſehr dieſer Gebrauch ſchon vor Azo zur gemeinen Praxis geworden war, bezeugt dieſer ſelbſt:

si vero extra ordinem vel ex abrupto fecerit quis reum per sacramentum a praeside interrogari, ut tunc nulla debeat sequi sententia, sed praecipiatur a praeside pecunia intra legitima tempora solvi, sicut quotidie servari videmus [3]).

---

[2]) Gl. ad L. 21 D. h. t. *Ubicunque dubium:* ut, si Bononiensis petat lectum et nesciat cui locavit ex scolaribus Azo. vel sicut Bononiae in praeceptis: nam quaeritur a debitore an debeat, ut sic fiat ei unum praeceptum, ut supra de judi. si debitori. Der erſtere Fall wird anderswo vollſtändiger erzählt: eine Frau hatte an einen Studenten durch den gemeinſchaftlichen Diener von drei Studenten ein Bett vermiethet und wußte nun nicht, an welchen von den dreien ſie ſich zu halten habe.

[3]) Belegſt. S. 4.

Digitized by Google

Ein ähnliches Zeugniß gibt Roffredus [4]). Die Gloſſe des Accurſius endlich fand den Gebrauch ſchon ſo befeſtigt, daß ſie denſelben als ein allgemeines Gewohnheitsrecht anerkannte:

si autem extra ordinem fecit eum interrogari et fuit confessus, tunc fit ei unum praeceptum de solvendo secundum consuetudinem generalem [5]).

Sehr bald, und noch zur Zeit der Gloſſatoren [6]), bediente man ſich dieſes Inſtituts auch

---

[4]) Belegſt. S. 10.

[5]) Gl. ad Auth. de exhib. et introduc. reis. ad v. Litis contestationem. Belegſt. S. 17.

[6]) Ich wage es nicht zu entſcheiden, ob nicht ſchon ein toscaniſches Placitum aus dem Jahr 1058 (Ughelli Italia sacra T. III. p. 627. 628.) hieher bezogen werden darf, und übergebe deßhalb dem eigenen Urtheile des Leſers einen vollſtändigen Abdruck dieſer Urkunde im I. Anhang des gegenwärtigen Bändchens. — Merkwürdig iſt es jedenfalls, wie der Inhalt dieſer Urkunde, von einem ſtreitigen Rechtsverhältniſſe ausgehend, ſofort durch das Medium einer confessio in jure zu einer vertragsmäßigen Uebereinkunft der Parteien übergeht, auf welche dann noch ein praeceptum judicis de observando promissa (in dem Bann am Schluß der Ur-

Digitized by Google

dazu, um jene Wirkſamkeit der confessio in jure auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überzutragen: die Kontrahenten mit der Miene ſtreitender Parteien gingen vor den Richter; der eine Theil in der Rolle des Klägers, aber sine oblatione libelli, jure extraordinario, bittet den Richter: domine quaere a debitore meo, an debeat mihi decem; der Debitor wird befragt, er geſteht die Schuld zu und erhält nun als confessus in jure das praeceptum de solvendo, welches paratam executionem mit ſich führt, gleich wie der debitor ex re judicata. Hierüber laſſen die eben angeführten Stellen des Azo, des Rofredus und der Accurſiſchen Gloſſe, in Verbindung mit folgender Stelle des Odofredus keinen Zweifel übrig:

Nam si quis confitetur in jure: aut extra ordinem, aut ex ordine. Extra ordinem fit confessio tota die in civitate ista; mam si mutuo tibi C et dico: volo, quod recipias praeceptum

---

kunde) folgt. Alles dieß trifft mit dem oben im Text für eine ſpätere Zeit nachgewieſenen Verfahren zum Behuf der Errichtung exekutoriſcher Urkunden ſehr genau zuſammen.

Digitized by Google

de hoc a judice, dicis tu: in nomine domini; venio tecum ad judicem de manu ad manum et dico judici: domine, iste debet mihi C; dicit judex: debes tu ei C? dicit iste: sic; judex facit ei praeceptum secundum consuetudinem locorum [7]).

So war denn in aller Unschuld mitten auf dem Boden des römischen Rechts das Mittel gefunden, jede gemeine Vertragsverbindlichkeit nach Belieben exekutorisch zu machen. Das einzige wahrhaft Unnatürliche bei dieser Manipulation war die Simulation eines streitigen Rechtsverhältnisses. Allein gerade dieser Simulation war, sobald nur die Parteien unter sich über ihre Rollen einig waren, so leicht nicht zu entgehen [8]);

---

[7]) Odofredus in L. un C. de confess. Belegst. S. 19. — cf. idem in L. 1. C. de litis contest. Belegst. S. 21. — Das gute Einverständniß der Parteien, welche hier das Spiel eines Prozesses extra ordinem aufführen, ist klar ausgedrückt. Jason nennt dieses sehr naiv voluntarie litigare. (Belegst. S. 223.)

[8]) Ich erinnere mich aus eigner Erfahrung einer ganz gleichen Manipulation. In einer mit schlauen Handelsleuten reichlich versehenen Gegend waren einige der spekulativsten, welche immer eine Menge kleiner Handelsgeschäfte, besonders mit Landleuten, im

Digitized by Google

und später, als der Gebrauch allgemein und offenkundig geworden war, hatte er sich auch bereits so befestigt, daß es nun nicht mehr als Aufgabe gelten konnte, denselben nach reinen Rechtsregeln zu beschränken, sondern im Gegentheil, den betretenen Weg weiter zu verfolgen und das einmal gewonnene neue Institut auf seinen eigenthümlichen Grundlagen weiter fortzubilden.

§ 9.

Dieß geschah von nun an mit lebendigem Eifer, theils durch Aufnahme des Instituts in die überall entstehenden Stadtrechte, theils durch fortgesetzte theoretische Bearbeitung desselben in den Kommentaren des römischen Rechts, theils, und

---

Gange hatten, worüber sie gern gerichtliche Sicherheit gehabt hätten, ohne die Sporteln der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bezahlen, auf den Einfall gerathen, statt eines Vertrags einen Prozeß anzumelden, welcher regelmäßig im ersten Termin mit einem Vergleiche schloß, wofür man den zur Beförderung der Vergleiche hergebrachten Nachlaß der Sporteln in Anspruch nahm. Fast an jedem Gerichtstage kamen dergleichen Fälle vor; der Betrug war meistens leicht durchzufühlen, nicht so leicht zu hintertreiben.

Digitized by Google

vorzüglich, durch den praktischen Gebrauch, dessen Verbreitung und Gleichmäßigkeit durch die Formelbücher der Notarien gefördert wurde.

Der erste Schritt zur Fortbildung des Instituts der exekutorischen Urkunden war schon zur Zeit der Glosse dadurch geschehen, daß man sich vertragsmäßig zur Uebernahme des von dem Richter zu erholenden praeceptum de solvendo verpflichtete, und sich die Erfüllung dieser Verpflichtung, welche an sich wohl nicht für klagbar gehalten werden konnte, durch Konstituirung einer Konventionalstrafe sicherte. Schon Odofredus kennt diese Kautel sehr gut [1]; bei Rolandinus ist sie schon zur stehenden Formel geworden, so daß sie von nun an als eine jedem umsichtigen Kontrahenten, jedem geschäftskundigen Notar unentbehrliche Vorsichtsmaaßregel gelten mußte. Zwar scheint diese Kautel zunächst für

[1]) Odofredus in L. 1. C. de lit. contest. (Belegst. S. 21.): mutuo tibi X et tu promittis reddere ad diem et promittis recipere praeceptum infra diem postquam ego denunciavero tibi, et ego tibi statim denuncio, quod recipias, unde venimus ad judicem etc.

Digitized by Google

Bologna berechnet [2]); ſie mußte aber auch ſonſt überall, wo das praeceptum bei dem wirklichen Richter zu erholen war, praktikabel erſcheinen. In den Formularien des Durantis kommt ſie daher ſchon mit unverkennbar gefliſſentlicher Vermeidung aller örtlichen Beziehung vor [3]) und Petrus de Unzola gibt ſehr beſtimmtes Zeugniß von der allgemeinen Frequenz ihres Gebrauchs [4]).

---

[2]) Gl. ad L. 21. D. de interrog. in jure. ad. v. Ubicunque. — Odofredus in l. un. C. de confessis. Belegſt. S. 19. — Rolandini Aurora cap. III. rubr. Instrumentum solenne mutui. Belegſt. S. 80. — Ejusd. Summa cap. IX. rubr. de processu contra reum confessum. Belegſt. S. 82.

[3]) Durantis spec. Lib. II. part. III. rubr. de oblig. et solut. Belegſt. S. 97.

[4]) Petrus de Unzola de judiciis, rubr. de processu contra reum confessum. (Belegſt S. 90.): Et quia magna est utilitas hujus praecepti, idcirco creditores, quando mutuant vel creduut aliquid, semper procurant et per pactum faciunt sibi promitti, quod debitores veniant ad judicem et quod judex interroget, utrum ipsi debeant tale quid, et procurant, ut ipsi confiteantur, et quod judex faciat istud praeceptum, et faciunt ipsum solenniter scribi in actis et postea sibi autenticum dari.

Digitized by Google

War es nun einmal dahin gekommen, daß sich die Parteien vertragsmäßig vor Notar und Zeugen verpflichteten, das praeceptum de solvendo bei dem ordentlichen Richter zu erholen, so daß die Hauptsache schon jetzt durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgemacht, die Mitwirkung des ordentlichen Richters aber zu einer der kompetenzmäßigen Thätigkeit des Notariats dienstbaren Form herabgesunken war, so lag es in der That sehr nahe, auch diese letzte Scheinthätigkeit des Richters ganz auszuschließen oder auf das Notariat zu übertragen. Der zweite Schritt zur Fortbildung des Instituts der exekutorischen Urkunden bestand daher darin, daß man die Simulation eines interrogatorischen Prozesses vor dem ordentlichen Richter aufgab und sich damit begnügte, die confessio vor dem Notar, welcher das Instrument ausfertigt, abzulegen und von diesem das praeceptum de solvendo entgegen zu nehmen [5]). Dieß ist nun das praeceptum guarentigiae im engeren und eigentlichen Sinne [6]),

[5]) Siehe die oben (§ 5. S. 68 — 73.) mitgetheilten Belegstellen.

[6]) Im weitern Sinne wird manchmal unter praecep-

und ebenſo iſt unter instrumentum guarentigiae s. guarentigiatum urſprünglich nur die mit dieſem praeceptum verſehene Urkunde verſtanden worden.

Noch aber wagte man nicht, das Inſtitut als ein ſelbſtſtändiges, von den Grundlagen des römiſchen Rechts unabhängiges, zu behandeln, wie ſchon daraus erhellt, daß man auch jetzt noch die urſprünglich auf die Simulation eines wirklichen Rechtsſtreits berechnete confessio und das auf dieſelbe ergehende praeceptum de solvendo nach wie vor für nothwendig hielt, noch mehr aber daraus, daß man die Uebertragung der richterlichen Funktion auf das Notariat nicht unmittelbar, ſondern wieder nur auf Umwegen und durch eine neue Fiktion herbeizuführen wagte. Dieß geſchah dadurch, daß man den Notarien das Richteramt, eigentlich aber nicht viel mehr, als den Titel eines judex ordinarius beilegte [7]), entweder den

tum guarentigiae auch das von dem wirklichen Richter in Folge vorhergegangener Verabredung der Parteien erlaſſene praeceptum verſtanden.

[7]) Daher man die notariellen Urkunden des Mittelalters ſo gewöhnlich unterzeichnet findet: N. N. nota-

einzelnen Notarien durch persönliche Verleihung im Ernennungsdekret [8]), oder durch allgemeine statutarische Maaßregeln, welche schlechthin bestimmten, daß jeder rechtmäßig ernannte Notar eo ipso auch als judex ordinarius anzusehen sey [9]), — freilich nur für die hier in Frage stehende und

---

rius et judex ordinarius. (Zahlreiche Beispiele in Muratori antiqq. ital. und Ughelli Ital. sacra.)

[8]) Z. B. Odofredus in L. 1. C. de jurisd. omn. jud. Belegst. S. 22. — Baldus in L. 4. C. de adopt. Belegst. S. 137. — Benedictus de Barzis de guarentigia. P. I. qu. 1. Belegst. S. 215, 216. — Alexander Tartagnus in L. 5. D. de re jud. num. 9. Belegst. S. 225. — Jason in L. 7 C. de jur. et facti ignor. num. 26 (Belegst. S. 233): Nam sciendum est, quod notarii habent jurisdictionem habitu, aliquando ex forma statuti, aliquando quia ita creantur per comites palatinos; nam in partibus Lombardiae quando comites palatini creant aliquem notarium, faciunt etiam eum judicem, et isti sunt proprie judices cartularii.

[9]) Z. B. Cinus in L. un. C. de confess. Belegst. S. 110. — Bartolus in L. 15 D. de re jud. num. 8. (Belegst. S. 119): Nam notariis conceditur a statutis jurisdictio praecipiendo partibus, ut observent contenta in instrumentis etc. — Salicetus in L. 10 C. mandati. (Belegst. S. 159): notarius, qui est judex chartularius ex potestate sibi concessa a statutis. — Jason l. c.

Digitized by Google

ähnliche Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, was man durch den Ausdruck judex chartularius bezeichnete [10]).

Auch dieſe Erfindung wird als eine eigenthümliche jener Gegenden, wo das Inſtitut der exekutoriſchen Urkunden überhaupt am früheſten vorkommt, nehmlich Toskana's und der Lombardei angegeben [11]).

Durch die neuere Form der Guarentigia (coram notario) hatte das Inſtitut ſelbſt zwar eine breitere, ſeiner eigentlichſten Intention mehr entſprechende Geſtalt gewonnen, indem von nun an die Eigenſchaft der Exequibilität als eines Produkts

---

[10]) Eine Bezeichnung, welche ſchon die Gloſſe kennt: gl. in L. 1 D. de judiciis ad v. qui tribunali, — in L. 12 C. de judiciis ad v. facultatem, — in L. 3 C. ubi et ap. quem cogn. ad v. non habent.

[11]) Odofredus l. c. — Buttrigarius in L. 3 C. ubi et ap. quem cogn. (Belegſt. S. 105.) — Cinus in L. un. C. de confess. — Bartolus in L. 15 § 1 D. de re jud. — Salicetus in L. un. C. de confess. Belegſt. S. 157. — Idem in L. 10 C. mandati. — Fulgosius in L. 3 C. ubi et apud quem cogn. — Jason in L. 7 C. de jur. et facti ign. num. 26.

Digitized by Google

vertragsmäßiger Uebereinkunft bei weitem entschiedener hervortrat [12]), sondern auch der praktische Gebrauch der Guarentigia in der Hand des Notars, dessen man ohnedieß bei jedem Vertragsinstrumente bedurfte, bedeutend erleichtert war. Zugleich aber hatte dasselbe Institut, welches man Anfangs durch eine einzige, kaum merkliche Täuschung vor dem Ansehen des römischen Rechts zu retten wußte, einen solchen Beisatz unnatürlicher Fiktion erhalten, daß es füglich in der bisherigen Weise als unmittelbarer Ausfluß römischer Rechtssätze nicht mehr fortgeführt werden konnte, sondern vielmehr als eine Anstalt moderner Natur [13])

---

[12]) Was in der Folge auch von den Theoretikern anerkannt worden ist, indem sie nachweisen, daß das Recht der paraten Exekution auch ex conventione partium durch ein pactum executivum erworben werden könne. Vgl. Ant. de Canario de exec. instrum. num. 68. Belegst. S. 199. —

[13]) Salicetus in L. 10 C. mandati. num. 8. (Belegst. S. 159): Sed dubitari potest de octavo insurgente ex quodam contractu moderno, puta si fideiussor est obligatus instrumento guarentigiae, hoc est instrumento eodem, quo se obligat et fatetur se debitorem esse, ... et notarius, qui est judex chartularius ex potestate sibi con-

Digitized by Google

und täglichen Gebrauchs der Aufnahme in den Kreis der ſtatutariſchen Geſetzgebung bedürftig und würdig erachtet werden mußte [14]). Die erſten Erſcheinungen dieſer Art waren wohl durch das Bedürfniß hervorgerufen, das Anſehen der durch perſönliche Verleihung mit der Würde des judex ordinarius bekleideten Notarien in der Ausübung ihrer quaſirichterlichen Funktion zu ſchützen [15]). Daneben aber beſtand ein eben ſo drin-

---

cessa a statuto, facit ipsi ... praeceptum de solvendo etc.

[14]) Paulus de Castro in L. 56 D. de re jud. (Belegſt. S. 177): Unde sicut praeceptum judicis factum in confessum coram eo haberet executionem, ut l. si debitori supra de judi. cum ibi notatis, ita et tale praeceptum notarii. Communiter tamen statuta hoc disponunt tollendo dubium, quod posset esse, quia videtur hic debere intelligi de confessione facta coram judice administrationem habente, qualis non est notarius.

[15]) Paulus de Castro l. c. — Schon die Gloſſe unterſchied ſehr genau zwiſchen dem wirklichen Richteramte und dem Quaſirichteramte des judex chartularius, welchem ſie wohl die dignitas, nicht aber die administratio zugeſtand; gl. in L. 1 D. de jud. ad v. qui tribunali, — gl. in L. 3 C. ubi et ap. quem cogn. ad v. non habent [sc. jurisdictionem]: »id est non cum administratione et imperio,

gendes Bedürfniß, auf dem Wege der Gesetzgebung Kontroversen zu beseitigen, welche um so früher und zahlreicher entstehen mußten, je gewisser es ist, daß man es unternommen hatte, sich mit der Anwendung an sich einfacher Grundsätze auf eine ganz fremdartige Materie durchzuhelfen. Daher finden wir denn von Guido de Suzaria an das Institut der guarentigiirten Urkunden als einen stehenden Artikel der italienischen Stadtrechte. Hierüber müssen wir uns freilich vor der Hand mit den zahlreichen Zeugnissen der Schriftsteller begnügen [16]), da es für jene ältere Zeit, namentlich also für das XIII Jahrhundert äußerst schwierig ist, unmittelbare Zeugnisse aus den Statuten selbst beizubringen. Denn als man zwei Jahrhunderte später anfangen konnte, einzelne Stadtrechte durch den Druck zu verbreiten, hatten die alten Statuten schon so viele neuere, in der Zusammenstellung nicht ausgeschiedene Zusätze und Abänderungen, auch

ut sunt illi, qui a principe impetrant, ut sint ordinarii.«

16) Die Chrestom. v. Belegstellen gibt dergleichen Zeugnisse fast auf jeder Seite.

wohl gänzliche Umarbeitung, erlitten, daß es nicht möglich ist, den mitunter an ihrem Inhalte kenntlichen alten Bestandtheilen ein bestimmtes Zeitalter anzuweisen [17]). Als eine seltene Ausnahme ist das Statut von Padua zu betrachten [18]).

Was nun das Verhältniß der Doktrin zu der eben bezeichneten neueren Form der Guarentigia betrifft, so hat man die Ableitung derselben aus Grundsätzen des römischen Rechts, als eigentliches Lebenselement, niemals, auch jetzt unter wesentlich veränderten Umständen nicht aufgegeben; vielmehr wußte man sich den Umständen mit vieler Leichtigkeit anzubequemen. Durch dieses Bestreben wurde die Theorie der Kommentatoren des römischen Rechts über die confessio in jure begreiflicher Weise noch weiter von der strengen

---

[17]) In den *späteren* Statuten, so viel ich deren gesehen habe, ist die ältere Form der exekutorischen Urkunden (per guarentigiam) meist schon verwischt; s. jedoch Statut von *Perugia* (Belegst. S. 318.) und Statut von *Pistoja* (Belegst. S. 344); vgl. auch Statut von *Triest*. Lib. II. rubr. 9 verb. *praeceptis* (Belegst. S. 362) und Statut von *Ferrara*. (Belegst. S. 366 a. E.)

[18]) Belegst. S. 341. 342.

Digitized by Google

Wahrheit abgeführt. An dem Grundſatze zwar hielt man feſt: confessus in jure pro judicato est; aber wie man von Anfang her den Begriff der confessio in jure zu weit gefaßt und darunter überhaupt jedes gerichtliche Geſtändniß verſtanden hatte, ſo übte ſich jetzt die wunderthätige Dialektik der Interpreten an der Erweiterung des Begriffes gerichtlich. Man unterſchied früher ſchon zwiſchen jus ordinarium und extraordinarium, jurisdictio ordinaria und extraordinaria: nun brachte man auch noch den Unterſchied zwiſchen jurisdictio contentiosa und voluntaria ins Spiel; die Verhandlungen der letzteren, bei welchen dem Notar die Rolle des judex chartularius zufiel, zählte man zu dem jus extraordinarium [19]) und bequemte ſich zu der Lehre, daß auch eine confessio per modum jurisdictionis voluntariae immerhin zu den gerichtlichen Geſtändniſſen

[19]) Denn vor dem Notarius und bei Gelegenheit eines Vertrags kam freilich Klagelibell und Litiscontestation nicht vor, was als charakteriſtiſches Merkmal des jus extraordinarium und als Vorbedingung der exekutoriſchen Wirkſamkeit der confessio von jeher gegolten habe.

Digitized by Google

zu rechnen und demgemäß der Wirksamkeit der alten confessio in jure theilhaftig sey [20]). So ernsthaft und zuversichtlich man diese theoretische Posse betrieb [21]), so würde sie dauerhaften Bestand und Einfluß doch wohl kaum gewonnen haben, wenn es sich darum gehandelt hätte, mit diesen Argumenten ein neues Institut erst zu begründen. Jetzt aber, nachdem der äußere Bestand desselben durch statutarische Gesetzgebung schon vollständig gesichert war, ließ man sich auch die theoretische Rechtfertigung gern gefallen. Sie vererbte sich, nur selten und ohne allgemeinen und

---

[20]) Vgl. Cinus in L. un. C. de confess. (mit Berufung auf Jacobus de Arena und Petrus de Bellapertica.) — Salicetus in L. un. C. de confess. num. 7. (Belegst. S. 156 ff.) — Ant. de Canario de exec. instr. num. 6—9. (Belegst. S. 185, 186.) Siehe auch die Citate der nächstfolgenden Note.

[21]) Angelus in L. 5 D. de re jud. verb. »cum ratio diversitatis reddi non possit.« (Belegst. S. 149.) — Paulus de Castro in L. 56 D. de re jud. Belegst. S. 177. — Antonius de Canario l. c. num. 9. — Tartagnus in L. 5 D. de re jud. num. 9. (Belegst. S. 225, 226.) Idem in L. 3 C. de edicto D. Hadr. toll. (Belegst. S. 227.) — Jason in L. 7. C. de juris et facti ign. num. 26. (Belegst. S. 233, 234.)

Digitized by Google

nachhaltenden Erfolg angefochten [22]), von einer Generation auf die andere und leistete wenigstens dazu gute Dienste, die Lücken der Gesetzgebung durch den ununterbrochenen Zusammenhang mit bekannten Analogieen des römischen Rechts auszufüllen, der Praxis sowohl als der in zahlreichen Territorien zersplitterten Gesetzgebung eine gewisse Konsequenz und Gleichförmigkeit zu verschaffen.

§ 10.

Nachdem einmal die Gesetzgebung sich des Instituts bemächtigt hatte, konnte es nicht fehlen, daß bald auch die letzten Schritte gethan wurden, welche noch übrig waren, um demselben die möglichste Ausdehnung zu geben.

Schon in der ersten Hälfte des XIV Jahrhunderts [1]) war daher das Recht der paraten

---

[22]) Im Ganzen eigentlich niemals, wohl aber in einzelnen Folgerungen, welche man aus der Gleichstellung der guarentigia mit der ächten confessio in jure zog; z. B. hinsichtlich der Frage, ob gegen ein instr. guarentigiatum die exc. non num. pec. zulässig sey. S. Cinus ad L. 14 C. de n. num. pec. Belegst. S. 115, 116.

[1]) Vielleicht auch schon früher, wenigstens in einzelnen Ausnahmen; als Beispiel könnte das Statut von

Exekution in vielen und im Laufe des XV Jahrhunderts in den meiſten Statuten auf alle öffentlichen Urkunden, auch wenn ſie die Guarentigia nicht enthielten, ausgedehnt worden [2]).

Gubbio gelten, deſſen in Num. 33 des Traktats von Guido de Suzaria Erwähnung geſchieht, wenn man mit voller Gewißheit annehmen dürfte, daß dort der wörtliche Inhalt des Statuts referirt wird.

[2]) Bartolus in L. 22 D. si cert. pet. Belegſt. S. 122. — Idem in L. 25 D. ad l. Aquil. — Idem in L. 1 D. quod vi aut clam. num. 3. Belegſt. S. 127, 128. — Baldus in L. 2 C de exec. rei jud. Belegſt. S. 143. — Angelus in L. 5 D. de re jud. Belegſt. S. 148. — Idem in L. 95 D. de V. O. Belegſt. S. 154. — Ludovicus Pontanus cons. 133. Belegſt. S. 166. — Antonius de Canario de exec. instr. num. 1. 5. 8. — Tartagnus Cons. vol. I. cons. 82. Belegſt. S. 229; — vol. II cons. 188. Belegſt. S. 230. — Statuten: von Neapel vom J. 1307, Belegſt. S. 255, 256; — von Ancona v. J. 1357, Belegſt. S. 267; — von Mailand v. J. 1398 und 1502, Belegſt. S. 275 Note 3, S. 276 und 277 a. E.; — von Tivoli um's J. 1400, Belegſt. S. 280, 281; — von Genua v. J. 1414, Belegſt. S. 288; — von Rom um's Jahr 1470, Belegſt. S. 307; — von Sezza v. J. 1520, Belegſt. S. 314; — von Lucca v. J. 1539, Belegſt. S. 331,

Digitized by Google

Hiermit war freilich auch der letzte Schein des Festhaltens an den bisherigen Grundlagen aus der römischen Theorie der confessio in jure aufgegeben und selbst die Juristen, welche den bisherigen Abwegen mit ihrer Doktrin willig gefolgt waren, erkennen dieses an [3]). Man unterschied daher zwischen nichtguarentigiirten öffentlichen Urkunden, deren exekutorische Wirksamkeit nur als ein Ausfluß der statutarischen, vom gemeinen Rechte abweichenden Gesetzgebung anerkannt wurde, und zwischen wirklich guarentigiirten Urkunden, indem man bei letzteren die Mittel, durch welche die exekutorische Wirksamkeit derselben erzielt wurde, als gut römisch und nur

---

33[2]; — von Pistoja v. J. 1544, Belegst. S. 346 verb etiam guarentigiam non continentes; — von Velletri v. J. 1544, Belegst. S. 353; — von Cori v. J. 1547, Belegst. S. 359; — von Triest v. J. 1550, Belegst. S. 362.

[3]) Angelus in L. 5 D. re jud. Belegst. S. 148. — Ant. de Canario de execut. instr. num. 8, 9. Belegst. S. 185, 186; — vgl. mit num. 17. Belegst. S. 191. — Allgemein ist man darüber zu allen Zeiten einverstanden gewesen, daß instrumenta publica an sich und nach gemeinem Rechte ein jus paratae executionis nicht begründen.

Digitized by Google

den Einfall, sich dieser Mittel zu solchem Zwecke zu bedienen, als partikularrechtlich gelten ließ.

Dennoch lag auch diese abermalige Erweiterung des Rechts der paraten Exekution in der That nahe genug. Es war ja die Guarentigia selbst seit Ausschließung des ordentlichen Richters längst zu einer bloßen Vertragsklausel [4]) (clausula executiva), zu einer jener clausulae generales herabgesunken, welche in keinem irgend feierlichen Instrumente fehlen durften, dergestalt, daß selbst die Frage entstehen konnte, ob nicht der Gläubiger, welcher berechtigt ist, seinen Schuldner zur Ausstellung einer Schuldurkunde zu zwingen, zugleich berechtigt sey, die Einverleibung der clausula guarentigiae auch ohne Zustimmung des Schuldners zu verlangen [5]). War demnach der Gebrauch der clausula guarentigiae so allgemein geworden, daß man gewohnt war, sie in allen

---

[4]) Paulus de Castro in L. 56 D. de re jud. num. 3. Belegst. S. 176, 177. — Pontanus cons. 133 num. 1. Belegst. S. 167. —

[5]) Bened. de Barzis de guarentigia P. I qu. 5. Belegst. 217, 218. —

Notariatsinſtrumenten [6]) zu finden, daß man nicht gewohnt war, eine öffentliche Urkunde zu ſehen, welche nicht zugleich exekutoriſch geweſen wäre [7]), ſo konnte es kaum als eine weſentliche Neuerung erſcheinen, wenn man öffentliche Urkunden überhaupt für exekutoriſch erklärte, wenn man ein für allemal durch das Geſetz ſtatuirte, was die Kontrahenten in jedem einzelnen Falle durch eine gedankenloſe Formel conſtituirten [8]). Dieß mochte um ſo unbe-

---

[6]) Und das waren ja die öffentlichen Urkunden jener Zeit.

[7]) Petr. de Unzola de judiciis. Belegſt. S. 90. — Buttrigarius in L. 3 C. ubi et ap. quem cogn. Belegſt. S. 105. — Bartolus in L. 1 D. judicatum solvi. Belegſt. S. 124. — Baldus in L. 5 C. de exec. rei jud. num. 3. Belegſt. S. 138. — Fulgosius in L. 13 C. fam. herciſc. Belegſt. S. 164. — Bened. de Barzis l. c. —

[8]) Dieß läßt ſich freilich nur unter ſolchen Vorausſetzungen und nur dem dadurch bedingten gewöhnlichen Erfolge nach als gleichgültig denken. An ſich bleibt es aber immer eine nicht zu billigende geſetzgeberiſche Gewaltthätigkeit, wenn man das Recht der paraten Exekution und die damit unzertrennlich verbundene Beſchränkung der Rechtsvertheidigung für die eine Partei in ſolcher Ausdehnung gelten läßt, daß die freie Uebereinkunft der Parteien zur Erwerbung dieſes Rechts überflüſſig gemacht, ja

denklicher ſcheinen, da die Notarien doch fortfuhren, von der clausula guarentigiae ſelbſt da, wo ſie jetzt geſetzlich überflüſſig geworden war, nach wie vor fleißigen Gebrauch zu machen, wie dieß die noch im XV und XVI Jahrhundert üblichen Formelbücher nebſt vielen anderen Zeugniſſen beweiſen. Dieſe Vorausſetzung hatte man wohl auch, — wenigſtens Anfangs, — im Auge. Uebrigens war doch ſelbſt bei einfachen, mit keiner Exekutivklauſel verſehenen, Urkunden immerhin etwas von den früheren Grundlagen der Exequibilität übrig geblieben, eine Art von confessio nehmlich [9]), wie ſie wohl beinahe in keinem Vertrage fehlen wird [10]) und wenigſtens in Schuldſcheinen immer zu finden iſt [11]); instrumenta

---

ſogar in der entgegengeſetzten Richtung ausgeſchloſſen wird. Von da an beginnt auch der Verfall des Inſtituts der exekutoriſchen Urkunden.

[9]) S. Statut v. Sezza verb. seu ex quacunque confessione (Belegſt. S. 314); — ſ. auch die Citate in Note 12 unten.

[10]) Wo ſie nicht vorhanden iſt, da kann die Frage, ob parate Exekution zuläſſig ſey, eben ſchon darum nicht entſtehen, weil es in dieſem Falle an einem zur Exekution qualificirten Liquidum überhaupt fehlt.

[11]) Dazu kommen noch manche andere Klauſeln, welche

Digitized by Google

confessionata in einem weiteren Sinne, als dem oben (§ 6 S. 74) angegebenen, konnte man daher auch diese einfachen Urkunden nennen, deren exekutorische Wirksamkeit zunächst nur auf ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen beruhte [12]).

Ueberhaupt aber war man in dem Gebrauche der Ausdrücke vom XV Jahrhundert an gar nicht mehr sehr genau. Es waren zu allen Zeiten,

---

man in allen Instrumenten, auch in den nichtguarentigiirten, stets vorfindet, und deren Wirksamkeit, wenn man ihnen eine solche nicht ganz absprechen wollte, kaum eine andere seyn konnte, als die der paraten Exekution: z. B. die Verzichtleistung auf jede Rechtsvertheidigung, auf alle Einreden im Allgemeinen und auf die gangbarsten Einreden und Rechtswohlthaten insbesondere, die Verzichtleistung auf alle anderen Beweismittel über die Vertragserfüllung außer schriftlichen Quittungen in öffentlicher Ausfertigung, die Bestellung von Hypothekenrechten mit beigefügtem pactum de ingredienda possessione propria auctoritate; s. Rolandinus, Belegst. S. 77, 81, — Durantis, Belegst. S. 97. 98; — vgl. auch Statut von Vicenza, Belegst. S. 300.

[12]) Salicetus in L. 10 C. mandati. Belegst. S. 159. — Paulus de Castro in L. 71 D. de cond. et demonstr. num. 3. Belegst. S. 176. — Ant. de Canario num. 8. Belegst. S. 185; — idem num. 72. Tract. Lugd. 1549. Vol. V fol. 281 b.

Digitized by Google

und auch da noch, als die statutarische Uebertragung des Rechts der paraten Exekution auf alle öffentlichen Urkunden bereits weit um sich gegriffen hatte, nichts desto weniger auch die älteren instrumenta guarentigiae, so wie die noch älteren instrumenta confessionata (im engeren Sinne) nebenbei im Gebrauch geblieben; alle diese Urkunden verschiedener Arten waren exekutorisch: so nannte man denn alle exekutorischen Urkunden, gleichviel zu welcher der drei Arten sie gehörten, bald instrumenta confessionata, bald instrumenta guarentigiata [13]). Und in diesem Sinne wollen auch wir weiterhin unter guarentigiirten Urkunden ohne näher bestimmenden Zusatz nichts Anderes, als exekutorische Urkunden überhaupt verstanden haben.

§ 11.

Privaturkunden mit exekutorischer Wirksamkeit waren natürlich gar nicht denkbar, so

---

[13]) Fulgosius in L. un. C. de confessis; idem in L. 13 C. fam. herc. Belegst. S. 163. 164. — Paulus de Castro in L. 56 D. de re jud. num. 3. Belegst. S. 176. 177. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. in f. Belegst. S. 217.

Digitized by Google

lange die Exequibilität von einer vor dem judex (ordinarius oder chartularius) abzulegenden confessio und dem darauf zu erlassenden praeceptum judicis de solvendo abhängig blieb. Denn so weit: daß Einer sein eigener Richter seyn und sich selbst einen richterlichen Befehl ertheilen könne, durfte sich die Kunst der Fiktion natürlich doch nicht versteigen [1]). Nachdem man aber das Erforderniß des praeceptum guarentigiae aufgegeben hatte, nachdem man sich mehr und mehr bewußt worden war, daß das Recht der paraten Exekution doch eigentlich nur auf der Uebereinkunft der Parteien beruhe und jedenfalls per pactum contrahentium bestellt werden könne [2]), so mußte

---

[1]) Einen Versuch dieser Art enthält die hie und da auch in Italien vorkommende Exekutivklausel, vermöge welcher der sich Verpflichtende das fingirte Geständniß ablegte, es sey gegen ihn ein rechtskräftiges Erkenntniß erlassen worden; s. Statut von Triest Lib. II rubr. 8 in f. Belegst. S. 363. In Italien erlangte jedoch diese Klausel wenig Ansehen.

[2]) Cinus in L. 14 C. de exc. n. num. pec. Belegst. S. 116. — Baldus in L. 3 C. de pign. et hyp. num. 9. Belegst. S. 140. — Salicetus in L. un. C. de confess. num. 7. in f. Belegst. S. 157; — idem in L. 10 C. Mandati num. 8. verb. cou-

man von ſelbſt darauf kommen, die Beſtellung dieſes Rechts auch in Privaturkunden zuzulaſſen [3]), ſoweit dieſelben überhaupt zur Erwerbung vertragsmäßiger Rechte für genügend erachtet wurden. In dieſer Beziehung beſtanden indeſſen mancherlei ſtatutarrechtliche Beſchränkungen; auch waren die in vielen Punkten confuſen Anſichten der Theoretiker über die Wirkſamkeit außergerichtlicher Geſtändniſſe und über die Beweiskraft gemeiner Privaturkunden einer Ausdehnung des Rechts der paraten Exekution auf Privaturkunden nicht günſtig; endlich war es überhaupt in früheren Zeiten ſo allgemeine Sitte, ſich des Notariats zu bedienen, der Gebrauch gemeiner Privaturkunden war ſo ſelten, daß ſchon deßhalb die

---

tractu moderno etc. Belegſt. 159. — Paul. de Castro in L. 71 D. de condit. et demonstr. num. 3. Belegſt. S. 176. — Ant. de Canario num. 68. Belegſt. S. 199 bis 201. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1 in f. Belegſt. S. 217. — Scaccia de judiciis. Lib. I cap. 62. num. 23. Ed. Frcf. 1669. pag. 169.

[3]) Ohne Zweifel galt auch bei Privaturkunden Anfangs die Vorausſetzung, daß das zu exequirende Dokument das pactum paratae executionis oder irgend eine andere Exekutivklauſel enthalte.

Digitized by Google

Frage, ob auch aus einer Privaturkunde parate Exekution stattfinden könne, erst später entstehen konnte, als außerdem zu erwarten gewesen wäre [4]). Früher als im XV Jahrhundert wird man daher kaum einen irgend frequenten Gebrauch exekutorischer Privaturkunden nachweisen können [5]). Als die Gewohnheit überhand genommen hatte, alle öffentlichen Urkunden ohne Rücksicht auf parteiliche Konvention durch statutarrechtliche Disposition des Rechts der paraten Exekution theilhaftig zu machen, konnte man in gleicher Weise auch mit Privaturkunden verfahren. Der Uebergang von öffentlichen zu gemeinen Privaturkunden war wahrscheinlich durch die instrumenta authentica vermittelt worden [6]), welche ja auch in anderen Beziehungen den instrumentis publicis gleich ge-

[4]) Der Natur der Sache nach hatten Privaturkunden, welche das pactum executivum enthielten, viel eher verdient, für exekutorische Urkunden anerkannt und gebraucht zu werden, als öffentliche Urkunden ohne ein solches pactum und ohne das eigentliche praeceptum guarentigiae.

[5]) In Florenz jedoch schon um die Mitte des XIV Jahrhunderts; s. Angelus in L. 95 D. de V. O Belegst. S. 154. —

[6]) Vgl. Statut von Vicenza. Belegst. S. 300.

ſtellt waren. Hiernächſt gab es noch andere Privaturkunden, welchen ſtatutarrechtlich die Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden beigelegt war, z. B. die der Kaufleute und Wechsler [7]). Durch den Handels- und Wechſelverkehr mußte der Gebrauch exekutoriſcher Privaturkunden auch unter anderen Privatleuten bald bekannt werden.

Die Doktrin hat ſich niemals herzhaft mit der Rechtfertigung dieſes Gebrauchs abgegeben, deſſen Ausbreitung vielmehr durch ſtatutariſche Geſetzgebung [8]) und Praxis, noch mehr aber wohl durch das Beiſpiel der geiſtlichen Gerichte [9]) bewirkt worden iſt.

Inſofern übrigens der wirklichen Vollſtreckung

---

[7]) Vgl. Statut von Genua (Belegſt. S. 289.): Et habeat locum praesens capitulum in instrumentis cambiorum etc.

[8]) Statut von Ancona v. 1. Januar 1450. Belegſt. S. 270. — Statut von Mailand vom J. 1502 Belegſt. S. 276. — Statut v. Tivoli um's J. 1400 Lib. II Cap. VI in f. Belegſt. S. 281. — Statut von Genua v. J. 1589. Belegſt. S. 292. verb. Quando de aliquo etc. — Statut von Rom um's J. 1464 Lib. I cap. 76. Belegſt. S. 310. — Statut von Trieſt vom J. 1550 Lib. II rubr. 9. Belegſt. S. 363.

[9]) Vgl. u. Kap. III.

Digitized by Google

einer exekutorischen Privaturkunde regelmäßig die Rekognition derselben, das Zugeständniß ihrer Aechtheit, vorangehen mußte [10]), womit von selbst auch die Wahrheit ihres Inhaltes zugestanden erschien, ließ sich auch hier das Vorhandenseyn einer confessio, und zwar, da sie coram judice ordinario per modum jurisdictionis contentiosae erfolgte, mit viel besserem Grunde, als bei öffentlichen Urkunden [11]), behaupten.

§ 12.

Werfen wir nun einen Blick auf die bisherige Darstellung zurück, so läßt sich der ganze Verlauf der Entstehung und Ausbreitung des Instituts der exekutorischen Urkunden mit Rücksicht auf

---

[10]) Angelus l. c. (Belegst. S. 154): »scriptura privata recognita«; — Statut von Ancona (Belegst. S. 271): »facta tamen recognitione prius,« — von Tivoli (Belegst. S. 281): »dummodo fuerit prius debitor citatus ad recognitionem apodisae, si scripta vel subscripta fuerit manu sua, de qua judici liqueat vel per confessionem debitoris etc.« — Statut von Genua Lib. II Cap. 14. Belegst. S. 296, 297.

[11]) Bei welchen, wenigstens in früheren Zeiten, ein eigentliches Rekognitionsverfahren in der Regel nicht vorkam.

Digitized by Google

bestimmte Zeitabschnitte etwa in folgender Weise kurz zusammenfassen:

im XII Jahrhundert zeigt sich zuerst als bloses Gewohnheitsrecht der Gebrauch der instrumenta confessionata im engeren Sinne, basirt auf die Simulation eines wirklichen Rechtsstreits vor dem ordentlichen Richter;

im XIII Jahrhundert kommen hinzu instrumenta guarentigiata im engeren Sinne und instrumenta confessionata im weiteren Sinne, basirt auf die statutarrechtliche Substituirung des Notariats an die Stelle des ordentlichen Richters, — Aufnahme des Instituts in die Statuten;

im XIV Jahrhundert instrumenta publica paratam executionem habentia ex nuda dispositione statutorum, — daneben rein vertragsmäßige Bestellung des Rechts der paraten Exekution durch Exekutivklauseln;

im XV Jahrhundert scripturae privatae paratam executionem habentia.

Die örtliche Verbreitung des Instituts, von Toskana ausgehend, war schon im XIV Jahrhundert über ganz Italien ausgedehnt.

Im XV Jahrhundert nun bestanden alle auf-

Digitized by Google

gezählten Arten von exekutorischen Urkunden nebeneinander, in den verschiedenen Territorien Italiens bald die eine, bald die andere vorherrschend, so aber, daß die Gewohnheit, den Vertragsurkunden irgend eine Exekutivklausel einzuverleiben, nichts desto weniger zu allen Zeiten in großer Allgemeinheit durch die Praxis erhalten wurde.

§ 13.

In genauem Zusammenhange mit den bisher entwickelten Bedingungen des Entstehens guarentigiirter Urkunden steht auch die Geschichte der allmählichen Ausbildung der eigenthümlichen Normen des Verfahrens aus dergleichen Urkunden, oder des eigentlichen Exekutivprozesses. Indem wir hiezu übergehen, sind vorerst einige allgemeine Gesichtspunkte fest zu stellen.

Schon oben ist angedeutet und durch die bisherige Darstellung hinreichend bekräftigt worden, wie die Grundlage des Instituts der exekutorischen Urkunden zunächst dem materiellen Civilrechte, nicht aber dem Prozeßrechte angehört, insofern dasselbe nehmlich auf der Bestellung eines besonderen zu dem Hauptgeschäfte hinzukommenden Rechts, nicht auf der Anwendung besonderer Prozeß-

formen für die Geltendmachung des Rechts auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beruht; es ist gezeigt worden, daß jenes accessorische Recht kein anderes ist, als das den guarentigiirten Urkunden anklebende Recht der paraten Exekution.

Indessen sind die Eigenthümlichkeiten dieses Rechts einmal in Beziehung auf die Mittel, mit welchen dasselbe zu Stande gebracht wurde, dann in Beziehung auf den Inhalt und Gegenstand desselben, endlich in Beziehung auf die demselben zukommende Wirksamkeit von der Art, daß sich daraus nothwendig auch Eigenthümlichkeiten der Voraussetzungen und Normen, nach welchen dasselbe vor Gericht geltend zu machen ist, ergeben mußten.

In der ersten Beziehung nehmlich war die nächste Folge der Anknüpfung des ganzen Instituts an die Bedingungen der confessio in jure nothwendig die, daß durch die sich über die Hauptverbindlichkeit erstreckende confessio, obgleich sie nur als Mittel zur Erwerbung des Rechts der paraten Exekution dienen sollte, zugleich fast unwillkührlich die Gleichstellung der Wirksamkeit des vertragsmäßigen Anspruchs auf Er-

Digitized by Google

füllung der Hauptverbindlichkeit mit der Wirksamkeit förmlicher Wahrheit hervorgebracht wurde. Da nun aber die eigentlichste Aufgabe eines jeden Rechtsstreits gerade in dem Finden der streitigen, nicht in dem Voraussetzen einer unbestreitbaren Wahrheit besteht, so folgt von selbst, daß aus exekutorischen Urkunden, streng genommen, gar kein Prozeß stattfinden kann. Diese strenge Ansicht charakterisirt die erste Periode unserer Geschichte.

Insofern aber die Geltendmachung des Rechts der paraten Exekution doch immerhin von der rechtmäßigen Erwerbung desselben, diese selbst aber von dem Vorhandenseyn gewisser positiver Erfordernisse abhängig war, mußte der wirklichen Exekution eine richterliche Kognition doch wenigstens darüber vorangehen, ob sich in der Urkunde, deren Exekution verlangt wird, jene Erfordernisse wirklich vorfinden. Durch den Streit und die richterliche Entscheidung über die Exequibilität war also ein wirklicher Prozeß dennoch gegeben, wenn gleich beschränkt auf einen Gegenstand, durch welchen er sich wesentlich vom gewöhnlichen Prozesse unterscheidet. Gegenstand des Exekutivpro-

zesses ist nehmlich ausschließlich die exekutive Beitreibung der in einer guarentigiirten Urkunde versprochenen Leistung, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung zu dieser Leistung rechtlich wirklich besteht, während der gewöhnliche Prozeß zunächst gerade auf die richterliche Anerkennung dieser Verpflichtung, auf den Ausspruch der Schuld des Beklagten in der Hauptsache gerichtet ist und nur mittelbar zur Exekution führt.

Diese Beschränkung im Streitgegenstande ist für die Prozeßrechte der Parteien wichtig. Denn eben deßhalb, weil der Streit auf die Frage über die Exequibilität, d. h. über die rechtliche Existenz der Verpflichtung zur Duldung der Exekution für eine gewisse Leistung, beschränkt ist, muß auch die Rechtsvertheidigung des Beklagten in diesem Prozesse einer gleichen Beschränkung unterworfen seyn; und eben deßhalb, weil sich der Streit um die rechtliche Existenz der versprochenen Leistung selbst gar nicht dreht, kann durch die Entscheidung dieses Streits kein Rechtsmittel des Beklagten, welches zur Bestreitung der rechtlichen Existenz der Hauptverbindlichkeit dient, beeinträchtigt werden.

Digitized by Google

Dagegen liegt in dieser Beschränkung des Streits auf einen bestimmten Gegenstand eine innere Nothwendigkeit besonderer Prozeßformen keineswegs, so wenig, als z. B. in der Beschränkung eines possessorischen Streites auf die Besitzfrage. Daher konnte das exekutorische Recht der guarentigiirten Urkunden zu allen Zeiten mittels einer actio in factum im ordentlichen Prozesse geltend gemacht werden. Daß dieses aber nicht nothwendig geschehen mußte, beruht eben auf der den guarentigiirten Urkunden eigenthümlichen Wirksamkeit parater Exekution, bedingt durch die Gleichstellung mit der exekutorischen Wirksamkeit rechtskräftiger Erkenntnisse.

Auch die exekutorische Wirksamkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses nehmlich war verschieden, jenachdem man die Vollstreckung durch Anstellung einer förmlichen Klage, actio judicati, oder durch einfaches Anrufen der vollstreckenden Gewalt des Gerichtes, imploratio officii judicis, nachsuchte [1]). Im ersten Falle entstand ein förmlicher Prozeß;

[1]) Vgl. Durantis Spec. Lib. II. part. III. rub. de exec. sent. Belegst. S. 101.

Digitized by Google

im zweiten Falle wurde sofort das wirkliche Exekutionsverfahren durch Verfügung faktischen Einschreitens eingeleitet, parata executio. In beiden Fällen konnte die Exequibilität des Erkenntnisses, dessen Vollstreckung nachgesucht wird, streitig werden. Im erste Falle nun wurde dieser Streit förmlich verhandelt. Im Falle der paraten Exekution aber konnten Verhandlungen über die Exequibilität nur nebenbei vorkommen, ohne daß der Lauf des eingeleiteten Exekutionsverfahrens wesentlich gestört werden durfte; letzteres blieb immer die Hauptsache und der Streit über die Exequibilität mußte sich daher, was die Prozeßform betrifft, nach den Normen und Stadien des Exekutionsverfahrens richten.

Da nun dieses Recht der paraten Exekution gerade das eigenthümliche Vorrecht der guarentigiirten Urkunden ist, so ergibt sich, daß die Form des Verfahrens aus guarentigiirten Urkunden keine andere ist, als die Form des gemeinen Exekutionsverfahrens.

In diesem Sinne haben die Italiener auch die Bedeutung des Ausdruckes Exekutivpro-

Digitized by Google

zeß ſtets genommen. Wie ſchon der klare Wortſinn keinen Unterſchied zwiſchen Exekutivprozeß und Exekutionsprozeß zuläßt, ſo verſtanden ſie in der That unter Exekutivprozeß regelmäßig nichts Anderes als Exekutionsverfahren; proceditur executive: es wird mit der Exekution verfahren. Ja das Verfahren aus guarentigiirten Urkunden konnte eben nur deßhalb Exekutivprozeß genannt werden, weil es kein anderes war, als das gemeine Exekutionsverfahren, welches auch aus rechtskräftigen Erkenntniſſen ſtattfand. Ebendeßhalb kommt der Ausdruck ſelten in beſonderer, und nie in ausſchließlicher Beziehung auf das Verfahren aus guarentigiirten Urkunden vor [2]).

Völlig fremd aber war den Italienern die

---

[2]) Vgl. Angelus in L. 15. D. de re jud. Belegſt. S. 149. — Paulus de Castro in L. 1 D. de his quae in test. del. Belegſt. S. 178. — Ant. de Canario num. 34. Belegſt. S. 196. — Bened. de Barzis P. I qu. 8. Belegſt. S. 218. ff. — Tartagnus Consil. vol. I cons. 82. Belegſt. S. 229. — Maranta de ord. judic. P. IV dist. IX num. 175. 176. — Scaccia de jud. Lib. I cap. LXII pr. et num. 12. — Statut von Rom, Belegſt. S. 311. — Statut von Genua, Belegſt. S. 290.

Digitized by Google

heut zu Tage so geläufig gewordene Vorstellung von dem Begriffe des Exekutivprozesses als einer bestimmt summarischen Prozeßart [3]).

Summarisch war das Verfahren aus guarentigiirten Urkunden allerdings, aber nur insofern, als jedes judicium executivum summarisch war [4]); es war auch außerordentlich, aber nur insofern, als es extra ordinem juris geschieht, aus einer Vertragsurkunde ohne Kognition der Hauptsache sofort mit der Exekution zu verfahren [5]). In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn es häufig blos

---

[3]) Ueberhaupt ist die Eintheilung des summarischen Prozesses in bestimmten und unbestimmten eine Erfindung der teutschen Juristen, — um deren Ehre sie eben nicht zu beneiden sind.

[4]) Maranta l. c. »Decimo tertio dicitur summaria causa executiva, puta si sumus in executione sententiae . . .; idem est in executionibus instrumentorum . . .; et ex hoc infero idem esse, quando praesentatur instrumentum secundum formam ritus magnae curiae in regno (s. Statut v. Neapel in den Belegst. S. 256 ff.): nam talis causa dicitur summaria, ex quo est executiva . . .; et talis causa appellatur extraordinaria, quia fit extra ordinem juris.«

[5]) Baldus in L. 1 C. ne fil. pro patre. Belegst. S. 141. — Maranta l. c. in f. —

Digitized by Google

heißt, daß aus guarentigiirten Urkunden summarie, sine strepitu et figura judicii, simpliciter et de plano zu verfahren ſey, indem man nehmlich zu ſuppliren hat: mit der Exekution.

Unter Exekutivprozeß im engeren, auf das eigenthümliche Verfahren aus exekutoriſchen Vertragsurkunden beſchränkten Sinne haben wir alſo zu verſtehen: das auf die ſchleunige exekutive Beitreibung (parata executio) der in einer guarentigiirten Urkunde verſprochenen Leiſtung gerichtete Verfahren [6]).

§ 14.

Es iſt nun leicht, den Einfluß der ſo eben angegebenen allgemeinen Grundſätze auf die allmähliche Entwickelung der Eigenthümlichkeiten des Exekutivprozeſſes im Einzelnen nachzuweiſen.

Wir werden zuerſt die Erfoderniſſe des Exekutivprozeſſes, dann das Vertheidigungsrecht des

---

[6]) Zum Exekutivprozeß rechnen wir daher nicht das Verfahren aus exekutoriſchen Urkunden mittels der »actio in factum, quae oritur ex confessione.« Zwar iſt auch der Gegenſtand dieſer Klage eine causa executiva; aber das Verfahren iſt kein processus executivus.

Beklagten, und endlich die Hauptbeſtandtheile des Verfahrens betrachten.

Was nun zuvörderſt die Erfoderniſſe des Exekutivprozeſſes betrifft, ſo konnte derſelbe zu allen Zeiten nur aus ſchriftlichen Urkunden angeſtellt werden [1]; nicht wegen der unmittelbaren Schleunigkeit des Beweiſes, welche dieſem Beweismittel anklebt, ſondern, eingedenk des hiſtoriſchen Urſprungs, deßwegen, weil das praeceptum guarentigiae, als eine species sententiae [2] nicht anders

---

[1] Daher iſt in den Belegſtellen überall nur von der parata executio instrumentorum vel scripturarum die Rede. Vgl. Baldus in L. 2 C. de exec. rei jud. num. 7. et 9. Belegſt. S. 114. 145. — Ludov. Pontanus cons. 42. num. 3. Belegſt. S. 169. — Paul. de Castro in L. 1 § 3. D. de his quae in test. del. num. 4 (Belegſt. S. 178.): »si perditum instrumentum, non habebit locum via executiva, sed est necesse agere ordinarie et probare per testes.« — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. Belegſt. S. 215. — Statut von Neapel de praeambulis in f. Belegſt. S. 262. — Statut von Ancona Lib. V. cap. III. Belegſt. S. 267.

[2] Rolandinus de processu contra reum confessum. Belegſt. S. 82. — Boaterius ad Roland. Belegſt. S. 93 num. 3. — Durantis Lib. II part. III

als schriftlich erlassen werden kann, so wie denn überhaupt das Amt des Notars, dem in seiner Eigenschaft als judex chartularius die Erlassung der praecepta guarentigiae oblag, gerade ausschließlich in der Errichtung schriftlicher Urkunden besteht [3]).

Eben deßhalb genügte es aber auch, wenn nur der Hauptpunkt, auf welchen es hier ankommt, nehmlich die Verpflichtung zur paraten Exekution, durch eine schriftliche Urkunde nachgewiesen war; Nebenpunkte, welche gleichwohl nicht selten vom Kläger vorerst zu berichtigen waren, um das an sich unzweifelhafte Recht der paraten Exekution im gegebenen Falle wirksam zu machen, konnten durch Zeugen und andere Beweismittel erwiesen werden [4]).

---

rub. de sententia. Belegst. S. 99. — Jo. Andreae ad h. l. u. A. m.

[3]) Vgl. Ant. de Canario num. 82. Belegst. S. 204, 205. — Bened. de Barzis P. I qu. 1. Belegst. S. 215.

[4]) Z. B. Berichtigung der Aktiv- und Passiv-Legitimation zur Sache; vgl. Statut von Arcona, Belegst. S. 268 a. E.; — nicht minder selbst die Herstellung der Liquidität; Baldus in L. 2. C. de exec. rei

Inwiefern die exekutorische Wirksamkeit häufig von der besonderen Beschaffenheit der Urkunde abhängig war, haben wir oben gesehen. Wo demnach das Recht der paraten Exekution nicht durch statutarrechtliche Bestimmungen allen gemeinen Vertragsurkunden ausdrücklich eingeräumt war, da mußte die zu exequirende Urkunde irgend eine der üblichen Exekutivklauseln, also wenigstens ein einfaches pactum executivum enthalten. Die längste Zeit hindurch war aber die eigentliche clausula guarentigiae im allgemeinsten Gebrauche: in der Regel also mußte die Urkunde, aus welcher der Exekutivprozeß angestellt werden wollte, das bekannte praeceptum notarii in confessum enthalten, wobei es zugleich darauf ankam, daß die besondere Eigenschaft des Notars als judex ordinarius bekannt war oder nachgewiesen wurde [5]).

Da das Recht der paraten Exekution aus

---

jud. num. 6. Belegst. S. 143, 144. Vgl. unten Note 11 und Note 13.

[5]) Baldus in L. 4 C. de adopt. num. 1. Belegst. S. 137. — Angelus in L. 24 D. de testam. mil. num. 2. Belegst. S. 154, 155. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1. Belegst. S. 215.

Digitized by Google

guarentigiirten Urkunden auf ausdrücklicher oder stillschweigender [6]) Parteiübereinkunft beruht [7]), so qualifiziren sich auch nur Vertragsurkunden zum Exekutivprozeß [8]). Dagegen kann aber auch jede vertragsmäßige, nicht an sich ungültige Verpflichtung, von welcher Art sie auch sey, Gegenstand des Exekutivprozesses seyn: sie braucht keineswegs auf eine Leistung in Geld oder anderen fungiblen Sachen gerichtet zu seyn [9]). Entschei-

---

[6]) Diese ist namentlich da, wo durch Lokalgesetze das Recht der paraten Exekution allen oder gewissen Klassen von schriftlichen Urkunden eingeräumt ist, schon dadurch gegeben, daß die Parteien überhaupt einen schriftlichen Vertrag eingehen.

[7]) Vgl. Guido de Suzaria num. 45. Belegst. S. 64. — Salicetus in L. 10 C. mandati. num. 8 in f. Belegst. S. 160. — Bened. de Barzis P. I. qu. 1 in f. Belegst. S. 217.

[8]) Insofern eben unter Exekutivprozeß in dem hier entscheidenden engeren Sinne nichts Anderes verstanden wird, als das exekutive Verfahren aus guarentigiirten Urkunden. — Wenn daher von den italienischen Juristen auch in manchen anderen Fällen (z. B. im Falle der Besitzklage ex L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll.) ein jus paratae executionis angenommen wird, so gehören diese Fälle doch nicht hierher.

[9]) Guido de Suzaria num. 33, Belegst. S. 58. — Ant. de Canario num. 89. Belegst. S. 209. —

Digitized by Google

dend ist hier nur die Möglichkeit der Exekution und diese ist bekanntlich nicht auf Geldleistungen und dergleichen beschränkt. Aus einem Kaufvertrage konnte daher, wenn sich beide Theile exekutorisch verpflichtet hatten, ebensowohl auf Tradition des Kaufobjekts, als auf Zahlung des Kaufpreißes im Exekutivprozeß geklagt werden [10]). Ja selbst ein dem Betrage nach unbestimmtes damnum et interesse konnte Gegenstand eines exekutorischen Vertrags, folglich auch des Exekutivprozesses seyn, da man es für erlaubt hielt, die Liquidation im Laufe des Exekutionsverfahrens nachzuholen [11]). Ueberhaupt wurde die Liquidität

---

Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 243 und S. 245. — Statut von Perugia, Belegst. S. 320 a. E. — Stat. v. Lucca, Belegst. S. 332. — Stat. v. Pistoja, Belegst. S. 345. — Stat. v. Belletri II, 15, Belegst. S. 353. — Formul. contractuum secundum stilum potissime Florentinum. Flor. 1577. pag. 55. 58. 60. 68. 139. 150. 153. 163 u. öfter. — Ausnahmen bilden das Statut von Genua vom J. 1498 (Belegst. S. 288) und das Statut von Cori, Belegst. S. 359.

[10]) Ant. de Ca'nario l. c.

[11]) Bartolus in L. 1 D. judicatum solvi. Belegst. S. 123, 124. — Ant. de Canario num. 32. Belegst. S. 195, 196.

Digitized by Google

des Anſpruchs, welcher im Exekutivprozeß verfolgt wird, zwar als ein natürliches Erfoderniß der wirklichen Hülfsvollſtreckung, alſo der unmittelbaren Wirkſamkeit einer exekutoriſchen Urkunde im concreten Falle [12]), nicht aber als eine Bedingung des Weſens und der Wirkſamkeit einer ſolchen Urkunde an ſich betrachtet [13]); um ſo weniger konnte man jemals darauf verfallen, in dem Vorhandenſeyn der Liquidität den Begriff der guarentigiirten Urkunde für erſchöpft zu halten.

Von ſelbſt verſteht ſich übrigens, daß die Ur-

---

[12]) Bartolus in L. 25 § 2 D. ad l. Aquil. num. 3. Belegſt. S. 122, 123. — Baldus in L. 2 C. de exec. rei jud. Belegſt. S. 143, 144. — Angelus in L. 18 D. de vulg. et pup. subst. Belegſt. S. 153. — Ant. de Canario num. 32 cit. — Bened. de Barzis P. I qu. 2. Belegſt. S. 217.

[13]) Bartolus in L. 1. D. judicatum solvi. num. 3. in f. Belegſt. S. 124. Daher wird durch Illiquidität die exekutoriſche Wirkſamkeit nur bis nach hergeſtellter Liquidität ſuspendirt (Baldus in L. 2 C. de exec. rei jud. num. 7 in f. Belegſt. S. 145.) und es ſind im Liquidationsverfahren auch andere Beweismittel als ſchriftliche Urkunden zuläßig. (Baldus l. c. num. 6. Belegſt. S. 144.)

Digitized by Google

kunde, deren Vollſtreckung nachgeſucht wird, ſowohl dem Inhalte als der Form nach den allgemeinen Erforderniſſen einer gültigen Willenserklärung und eines glaubwürdigen Dokuments entſprechen muß [14]). Ob die causa debendi ausgedrückt ſeyn müſſe, war beſtritten; nach der konſequenteren Anſicht brauchte ſie nicht ausgedrückt zu ſeyn [15]).

§ 15.

Die Schutzmittel, welche dem aus einer guarentigiirten Urkunde Verpflichteten nach und nach zugeſtanden wurden, waren hauptſächlich folgende:

1. Einreden,
2. Zurückforderung des in judicio executivo Bezahlten, (Nachklage,)
3. Vorklage oder Wiederklage auf Kaſſation der guarentigiirten Urkunde.

---

[14]) Guido de Suzaria num. 5. Belegſt. S. 44. — Bartolus in L. 1 § 2 D. quod vi aut clam. num. 3. Belegſt. S. 128. — Baldus in L. 5 C. de exec. rei jud. num. 3. Belegſt. S. 138. — Jason in L. 3 C. de edicto D. Hadr. toll. num. 5. Belegſt. S. 237.

[15]) Buttrigarius in L. un. C. de confessis. Belegſt. S. 106, 107. — Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 9. Belegſt. S. 145.

Digitized by Google

Es erscheint als etwas sehr Natürliches, daß die früheste Periode unserer Geschichte, so lange das ganze Institut noch in seinen rohen Anfängen befangen war, von allen diesen Schutzmitteln keines kannte. Es war ja von Anfang her die Intention eigentlich nur darauf gerichtet, dem Gläubiger unbedingt zu seiner Forderung zu verhelfen, jeden Widerstand, welcher dagegen versucht werden möchte, nieder zu halten; und es pflegt auch sonst wohl bei Einführung neuer Maaßregeln so herzugehen, daß die Hauptabsicht erst erreicht seyn muß, ehe sich Nebenrücksichten geltend machen können. Wenn man nun dazu noch die Voraussetzung gelten läßt, daß das Institut überhaupt aus unrömischen und gewaltthätigen Triebfedern hervorgegangen ist [1]), so muß man wohl zugeben, daß es einiger Zeit bedurfte, um dasselbe allmählich mit dem Bildungsstoffe der römischen Theorie zu durchdringen und auf diesem Wege der strengen Regel billige Ausnahmen abzugewinnen.

Die ältesten Statuten sind daher gewöhnlich

[1]) S. oben Kap. I § 10. S. 42. 43.

Digitized by Google

nur auf die Anordnung ſtracker Exekution durch Geſtattung unmittelbaren faktiſchen Einſchreitens gerichtet [2]), — nicht ſelten mit ausdrücklicher Ausſchließung aller und jeder Einreden des Beklagten [3]).

Einzelne Statuten dieſer Art haben ſich zwar lange erhalten [4]). Im Allgemeinen aber ward

---

[2]) Statut von Padua vom J. 1236 (Belegſt. S. 248): ... »qui non solverit infra terminum sibi datum, possit termino transacto forbanniri et pignorari.« — Guido de Suzaria num. 37 (Belegſt. S. 60, 61.): ... »ex forma capituli guarentigiae, quo dicitur inter alia, quod omnia praecepta guarentigiae in confessum quemlibet facta de facto mandentur exequutioni sine libelli oblatione.«

[3]) Bartolus in L. 1 §. 2. D. quod vi aut clam num. 8. Belegſt. S. 130. — Angelus de L. 5 D. de jurejur. num. 2. Belegſt. S. 151; — Idem in L. 58 D. de pet. her. num. 2. in f. Belegſt. S. 152; — Idem in L. 75 D. de leg. I. num 2. Belegſt. S. 153. — Pontanus cons. 42 num. 1. Belegſt. S. 168. — Castrensis in L. 31 D. de constit. pec. num. 3. Belegſt. S. 181. — Ant. de Canario num. 1. Belegſt. S. 183; — Idem num. 92. Belegſt. S. 211. — Jason in L. 1 § 2 D. de V. O. num. 31 in f. Belegſt. S. 237. —

[4]) Wie ſich aus den Citaten der vorigen Note ergibt.

Digitized by Google

jene Schärfe bald abgestumpft, als sich die Doktrin des Instituts bemächtigt hatte. Als Werkzeug hiezu diente gerade dasselbe Mittel, durch welches das Institut seine Geltung behauptet hatte, nehmlich die Anschließung an die Theorie des römischen Rechts über die confessio in jure und das derselben anklebende Recht der paraten Exekution, welche gleich seyn sollte der Exekution eines rechtskräftigen Erkenntnisses.

Aus dieser Gleichstellung mußte sich bald der Grundsatz ergeben:

1. Einwendungen, durch welche die Gültigkeit oder Wirksamkeit einer confessio in jure angefochten werden kann, sind auch gegen guarentigiirte Urkunden zulässig, und

2. Einwendungen, welche gegen die Verhängung oder gegen den Fortgang der Exekution eines rechtskräftigen Erkenntnisses vorgeschützt werden können, sind auch gegen die Exekution guarentigiirter Urkunden zulässig.

Wir finden diesen Grundsatz schon bei Guido de Suzaria mit ziemlicher Bestimmtheit aus-

Digitized by Google

geſprochen [5]). Noch wagte man aber nicht, demſelben die ausgedehnte Anwendung zu geben, welche er an ſich wohl leicht zuließ und ſpäterhin in der That behauptete. Man begnügte ſich vorerſt mit der Anwendung deſſelben auf eine oder die andere Einrede, welche gelegentlich zur Sprache kam, und deren Zulaſſung gerade am rechtmäßigſten und dringendſten erſcheinen mochte. Dieß waren vorzugsweiſe ſolche Einreden, durch welche die Dispoſitionsfähigkeit der Kontrahenten, die Legitimation zur Sache, die Gültigkeit der Urkunde, welche das praeceptum guarentigiae enthielt, angefochten wurde.

Einreden dieſer Art finden ſich mehrere bei Guido de Suzaria [6]). Derſelbe liefert aber zugleich Zeugniß, wie der konſequenten Durchführung jenes doktrinellen Grundſatzes das damals

---

[5]) Tr. de instr. guar. num. 5 (Belegſt. S. 44.) verb. »de qua nec confessio nec sententia valet«; vgl. mit num. 3 (Belegſt. S. 43.) verb. »quum etiam post sententiam opponatur.«

[6]) Wie ſich denn überhaupt der Inhalt des ganzen Traktats um die Frage dreht, welche Einreden gegen guarentigiirte Urkunden zuläſſig ſeyen.

Digitized by Google

noch ziemlich frische Ansehen der Statuten im Wege stand [7]).

Indessen unterlag auch die statutarische Gesetzgebung selbst gar bald dem Einflusse der Doktrin. Schon zur Zeit des Guido gab es Statuten, welche wenigstens einzelne, namentlich bezeichnete Einreden von der allgemeinen Regel, daß gegen instrumenta guarentigiata keine Einrede zulässig sey, ausgenommen hatten [8]), — eine Maaßregel, welche sich schnell verbreitet und lange erhalten hat. Es sind dieß bald mehr bald weniger, in der Regel aber drei Einreden, nehmlich solutionis, falsitatis, pacti de non petendo s. quietationis [9]).

---

[7]) Tr. de instr. guar. num. 3, vgl. mit num. 20.

[8]) Tr. cit. num. 10. num. 11. num. 14. num. 33. num. 47. (Belegst. S. 68.) num. 52.

[9]) Bartolus in L. 1. § 2. D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 127, 128. — Angelus in L. 14 D. de usur. num. 2. Belegst. S. 152. — Vgl. Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 248; — Statut von Rom Lib. I Cap. 75. Belegst. S. 307; — Statut von Perugia Vol. I Rub. 29. Belegst. S. 319, 320; — Statut von Lucca Lib. I Cap. 129. Belegst. S. 341, 342; — Statut von Velletri Lib. II Cap. 15. Belegst. S. 353; — Statut von Cori Lib. II Cap. 5.

Digitized by Google

Die Zahl dieſer Einreden mußte ſich in dem Grade vermehren, in welchem man mit den Vorbedingungen der exekutoriſchen Wirkſamkeit ſchriftlicher Urkunden laxer geworden war.

Die Doktrin ging auf dieſem Wege der Erweiterung der Rechtsvertheidigung des Beklagten immer zuverſichtlicher voran, wobei manchmal auch das Bewußtſeyn von der Unhaltbarkeit der Fiktionen, auf welchen man das exekutoriſche Recht der guarentigiirten Urkunden aufgebaut hatte, zum Vorſchein kam [10]). Freilich erkannte man an, daß es überall viel auf den Wortlaut der Statuten ankomme [11]), welcher je nach dem

---

Belegſt. S. 358; — Statut von Trieſt Lib. II Rub. 9. Belegſt. S. 363.

[10]) Baldus in L. 2. C. sententiam rescindi non posse num. 19. Belegſt. S. 146. — Vgl. Cinus in L. 14 C. de non num. pec. Belegſt. S. 115, 116; — Salicetus in L. 10 C. Mandati num. 8 in f. Belegſt. S. 160. — Barzius de guarentigia P. II qu. 1. Belegſt. S. 223.

[11]) Bartolus in L. 1 § 2 D. de V. O. (Dig. nov. Basil. 1588. T. II pag. 4.): . . . quia talia statuta sunt facti, non potest sententiari nisi verbis statuti

Digitized by Google

Zeitpunkt ihrer Entſtehung oder letzten Reviſion ſehr verſchieden war. Indeſſen machte ſich die nachſichtige Tendenz der Doktrin doch auch gegen ſolche Statuten geltend, welche entweder gar keine oder nur gewiſſe Einreden zuließen, — indem man aus römiſchen Analogieen, eben nicht auf die feinſte Weiſe, nachzuweiſen verſtand, erſtlich, daß die generelle Ausſchließung der Einreden nur von muthwilligen zu verſtehen ſey [12]), zweitens, daß es geſtattet ſey, mittels ſolcher Vertheidigungsgründe, welche in der Form von Einreden wegen des Verbots der Statuten nicht vorgeſchützt werden konnten, das officium judicis anzurufen, durch welches der Kläger von der Verfolgung ſeiner Anſprüche abgehalten werden könne [13]).

---

diligenter inspectis. — Jason ad h. l. num. 31 (Belegſt. S. 235—237) unter Anführung des Angelus, Johannes de Imola, Alexander Tartagnus, Paulus de Caſtro und Franciscus de Accoltis.

[12]) Bartolus in L. 1 § 2 D. quod vi aut clam. num. 3. Belegſt. S. 128. — Ant. de Canario num. 1. in f. Belegſt. S. 184.

[13]) Bartolus l. c. num. 7. Belegſt. S. 130. — An-

Digitized by Google

Nur ſolchen Statuten, in welchen ausdrücklich nicht nur alle Einreden, ſondern auch jede andere Vertheidigung, omnis exceptio et defensio, verboten war, glaubte man Nichts anhaben zu können [14]).

Dieſe Beiſpiele mögen genügen, um die in der Erweiterung der Schutzmittel des Beklagten ſo thätige Tendenz der Doktrin zu charakteriſiren.

Ergiebiger und natürlicher aber als dieſe und ähnliche Erweiterungsverſuche blieb immer die konſequente Durchführung des oben [15]) bezeichneten, aus der Gleichſtellung der confessio guaren-

---

gelus in L. 58 D. de pet. her. num. 1 et 2. Belegſt. S. 152. — Ant. de Canario num. 92. Belegſt. S. 211.

[14]) Bartolus l. c. num. 8. — Angelus l. c. — Ant. de Canario l. c. — Ein Beiſpiel, wie ſich die Geſetzgebung auf dieſe Weiſe ſicher zu ſtellen verſuchte, gibt das Stadtrecht von Piſtoja (Lib. II Rub. 24. Belegſt. S. 346.): Et contra dicta praecepta nec . . . alia exceptio, defensio nec aliquid aliud possit opponi, objici aut protestari vel quoquo modo impugnari vel fieri per modum aditionis officii judicis, quo praefata executio . . . diferri aut impediri possit . . .

[15]) S. 142.

Digitized by Google

tigiae mit der confessio in jure und der res judicata hergeleiteten Regel, aus welcher sich leicht das vollständige System eines den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechenden Vertheidigungsrechts entwickeln ließ, wie dieß in der That seit Bartolus mit immer größerer Entschiedenheit geschehen und in dem Traktat des Antonius de Canario am vollständigsten ausgeführt ist [16]).

Die Grundzüge dieses Systems sind folgende:

I. Die Wirksamkeit einer jeden confessio oder res judicata ist vor Allem dadurch bedingt, daß sie auf eine an sich gültige Weise zu Stande gekommen ist; alle Einreden, durch welche diese Gültigkeit bestritten wird, sind daher zulässig [17]).

---

[16]) Vgl. auch Bened. de Barzis tr. de guarent. P. III. (Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 292. sqq.)

[17]) Guido de Suzaria num. 2. num. 5. num. 8 in f. — Bartolus in L. 1 § 2 D. quod vi aut clam. num. 3. Belegst. S. 128. — Baldus in L. 5 C. de exec. rei jud. num. 3. Belegst. S. 138, 139. — Angelus in L. 24 D. de testam. mil. num. 2. Belegst. S. 154, 155.

Digitized by Google

Solcher Einreden ſind ſo viele denkbar, als es Erfoderniſſe der Gültigkeit einer confessio oder res judicata im Allgemeinen [18]) und der Gültigkeit eines guarentigiirten Inſtruments insbeſondere [19]) gibt.

II. Jede an ſich gültige confessio oder res judicata begründet förmliche Wahrheit. Alſo entſteht durch eine ſolche confessio oder res judicata die unbeſtreitbare rechtliche Gewißheit, daß die den Inhalt derſelben bildende Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Ablegung des Geſtändniſſes oder der Erlaſſung des Erkenntniſſes exiſtirt hat. Unzuläſſig ſind daher alle direkt [20]) gegen dieſe recht-

---

[18]) Z. B. die Dispoſitionsfähigkeit der Parteien; daß die confessio nicht auf ein abſolut verbotenes Rechtsgeſchäft gerichtet ſey; u. dgl.

[19]) Vgl. oben § 13 u. 14. — Guido de Suzaria num. 9. Belegſt. S. 45.

[20]) Denn indirekt kann allerdings auch die Rechtmäßigkeit des Inhalts der confessio beſtritten werden, inſofern nehmlich die Unrechtmäßigkeit mit wahrer Ungültigkeit zuſammenfallen und dieſe aus dem Inhalte der confessio hergeleitet werden kann; z. B. wenn die confessio ihrem Inhalte nach auf etwas

Digitized by Google

liche Gewißheit gerichteten Einreden. In dieſem Sinne ſind daher auch alle gegen die den Inhalt einer guarentigiirten Urkunde bildende Hauptverbindlichkeit gerichteten Einreden unzuläſſig: non potest opponi exceptio, quae impugnat vires contractus contenti in instrumento [21]). Und dieſen Grundſatz mußte man auch da noch anerkennen, wo man das exekutoriſche Recht ſchriftlicher Urkunden als reinen Ausfluß der Parteiübereinkunft oder ſtatutariſcher Satzung, abgeſehen von der urſprünglichen Einkleidung in die Form einer confessio in jure, betrachtete. Denn eben ſchon dadurch, daß man das Recht der paraten Exekution als ein der Urkunde anklebendes Recht anerkannte, war wiederum die Erörterung über die materielle

---

abſolut Unerlaubtes gerichtet iſt. Guido de Suzaria Num. 2. u. 4.

[21]) Odofredus in L. un. C. de confessis. Belegſt. S. 20. — Petrus de Unzola declaratio ad Auroram Roland. Cap. III. rub. instrum. solenne mutui etc. (Belegſt. S. 88.): Nec super ipso debito potest ulterius lis moveri etc. — Bartolus in L. 1. § 2. D. quod vi aut clam. num. 4. Belegſt. S. 129. — Ant. de Canario num. 9. Belegſt. S. 186.

Digitized by Google

Rechtmäßigkeit des Inhalts der Urkunde ausgeschloſſen [22]).

III. Wie jedoch die förmliche Wahrheit einer confessio in jure oder res judicata ſich nur auf den Zeitpunkt der Ablegung des Geſtändniſſes oder der Erlaſſung des Erkenntniſſes erſtreckt, ſo auch die Wirkſamkeit guarentigiirter Urkunden, bei welchen der Zeitpunkt der Ablegung der confessio und der Erlaſſung des praeceptum guarentigiae mit dem Zeitpunkte der Errichtung der ganzen Vertragsurkunde in eines zuſammenfällt [23]). Alle Einreden daher, welche nicht ſowohl gegen die urſprüngliche Exiſtenz, als vielmehr auf die nachherige Erlöſchung der Hauptverbindlichkeit gerichtet ſind, müſſen, wie gegen die confessio in jure

---

[22]) Bartolus l. c. num. 4 et 5. — Baldus in L. 2 C. de exec. rei jud. num. 9. Belegſt. S. 145. — Paul. de Castro in L. 31 D. de constit. pec. num. 3 circa f. Belegſt. S. 180, 181. — Angelus, Joannes de Imola, Tartagnus, Franciscus de Accoltis nach Jason in L. 1 § 2. D. de V. O. Belegſt. S. 236.

[23]) Bartolus in L. 3 § 2 D. Commodati. num. 11. (Belegſt. S. 121): et tempore facti instrumenti videtur lata sententia.

Digitized by Google

und die res judicata, so auch gegen guarentigiirte Urkunden zuläſſig seyn [24]).

IV. Von ſelbſt verſteht ſich, daß alle gegen Unförmlichkeiten des Exekutionsverfahrens ſelbſt gerichteten Einreden gleichfalls zugelaſſen werden mußten [25]).

V. Alle dieſe an ſich zuläſſigen Einreden konnten jedoch im Exekutionsverfahren überhaupt, — alſo auch im Exekutionsverfahren aus guarentigiirten Urkunden, oder was daſſelbe, iſt im Exekutivprozeß, — mit Wirkſamkeit nur dann gebraucht werden, wenn ſie entweder ſofort liquid waren oder wenigſtens durch ſchleunigen Beweis (in continenti) liquid gemacht werden konnten; im entgegengeſetzten Falle mußten ſie in judicio executivo unberückſichtigt bleiben: »exceptiones, quae

---

[24]) Bartolus in L. 11 D. de transact. num. 3. 4. Belegſt. S. 120. — Ant. de Canario num. 13. Belegſt. S. 188. — Benedictus de Barzis P. II. qu. 16, — P. III. qu. 1. sqq. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 281 b sqq. —

[25]) Guido de Suzaria num. 6. num. 7. — Bartolus in L. 1 §2 D. quod vi aut clam. num. 6. — Benedictus de Barzis P. III qu. 13. Tract. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 292 b.

Digitized by Google

requirunt altiorem indaginem, respuuntur; sed illae, quae possunt in continenti expediri, admittuntur.“ [26])

Aus dem Bisherigen wird es von selbst klar geworden seyn, daß auch die Grundlage des Rechts der Vertheidigung durch Einreden ursprünglich nicht prozessualischer, sondern materieller Natur war, daß die Entwickelung und Befestigung desselben nicht von der Frage ausging: wie über die Einreden des Beklagten zu procediren sey? sondern von der Frage: ob und welche Einreden überhaupt zulässig seyen? Indessen hatte ja die so eben bezeichnete, in ihrer Konsequenz unantastbare Doktrin im Laufe des XIV und XV Jahrhunderts jenes Vertheidigungsrecht so sehr erwei-

---

[26]) Bartolus in L. 4 § 6 D. de re jud. num. 1—3. Belegst. S. 132—134. — Idem in L. 4 C. si ex fals. testim. (Bartolus in Cod. Basil. 1588. Vol. II pag. 222.) — Ludovicus Pontanus cons. 42 num. 3. Belegst. S. 169. 170. — Idem cons. 76 num. 1—4. Belegst. S. 172—173. — Antonius de Canario num. 14, 15. Belegst. S. 188 bis 190. — Man deckte diese Ansicht mit der Analogie des römischen Rechts in L. 15 § 4 D. de re jud. und L. 3 § 13 D. ad exhibendum. (10, 4.)

Digitized by Google

tert, daß man faſt alle gedenkbaren Einreden für an ſich zuläſſig erkannte [27]). Hierdurch hatte das urſprünglich an die Spitze geſtellte Princip des Verbotes der Einreden faſt alle praktiſche Bedeutung verloren, während der Halt des ganzen Inſtituts der exekutoriſchen Urkunden gegenüber dem Vertheidigungsrechte des Beklagten nunmehr auf das urſprünglich gar nicht berückſichtigte, erſt ſpäter hinzugetretene, an ſich ſekundäre Moment der Liquidität der Einreden reducirt war.

In der Praxis mußte daher dieſes Moment als überwiegend bald anerkannt, ja es konnte leicht als das einzig beſtimmende genommen werden. Dieſe Richtung herrſcht ſchon bei Antonius

---

[27]) Ausgeſchloſſen war ja eigentlich nur die oben unter II bezeichnete Kategorie von Einreden. — Am folgenreichſten aber war der unter III ausgeſprochene Grundſatz, aus welchem die Zuläßigkeit gerade derjenigen Einreden, welche am häufigſten vorkommen und auf deren Ausſchließung es urſprünglich am meiſten abgeſehen war, hervorgeht. Hier zeigt ſich die angeborene Schwäche des Inſtituts. Vgl. Ant. de Canario num. 16 (Belegſt. S. 190.): quia oritur [exceptio peremtoria] cum instrumento, quod non contingit in sententia.

Digitized by Google

de Canario sehr entschieden vor, indem seine Untersuchungen über eine ganze Reihe von Einreden regelmäßig darauf hinauslaufen: daß sie zulässig seyen, wenn sie in continenti liquid gemacht werden können [28]). In gleicher Weise war denn auch die statutarische Gesetzgebung in steter Wechselwirkung mit Doktrin und Praxis Schritt für Schritt immer weiter gegangen, indem sie die Zahl der zulässigen Einreden nach und nach vorerst im Einzelnen vermehrte [29]), endlich aber ganz allgemein alle Einreden, welche in continenti liquid gemacht werden konnten, für zulässig erklärte [30]).

---

[28]) Ant. de Canario num. 14 sqq.

[29]) Vgl. Statut von Rom. Belegst. S. 307; — Statut von Sezza, Belegst. S. 314; — Statut von Perugia, Belegst. S. 320; — Statut von Pistoja, Belegst. S. 326; — Statut von Velletri (Lib. II Cap. XV), Belegst. S. 353, 354. —

[30]) Statut von Padua, Belegst. S. 249. S. 251; — Statut von Neapel, Belegst. S. 257 bis 259; — Statut von Ancona, Belegst. S. 267; — Statut von Mailand, Belegst. S. 276; — Statut von Tivoli (Lib. II cap. VI.), Belegst. S. 281; — Statut von Genua, Belegst. S. 286, 287; — Statut von Vicenza, Belegst. S. 302, 303; — Statut von Lucca, Belegst. S. 338.

Digitized by Google

§ 16.

Schon bei Guido de Suzaria finden wir, daß es gestattet war, das in judicio executivo Gezahlte durch eine selbstständige Nachklage, condictio indebiti v. sine causa, wieder zurückzufordern [1]). Es ist hier freilich zunächst nur von dem speciellen Falle der Zurückforderung von Zinsen die Rede, wofür man die ausdrücklichen Bestimmungen des canonischen Rechts, theils in dem allgemeinen Verbote der Zinsen, theils in der besonderen Bestimmung des cap. debitores (i. e. cap. 6) X de jurejurando [2]), zur Hand hatte. Hier wird verordnet, daß eidlich versprochene Zinsen zwar um der Heiligkeit des Eides willen gezahlt, hernach aber vom Empfänger zurückgefordert werden sollen. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf andere Fälle, in welchen der

---

[1]) Guido de Suzaria tr. de instr. guar. num. 51. Belegst. S. 71.

[2]) Dieß ist auch ohne Zweifel die Stelle, auf welche sich das Citat bei Guido de Suzaria l. c. bezieht, indem statt extra de usu. zu lesen ist extra de jureju. Hiernach ist auch die in der Parenthese der Note 132 zum Traktat des Guido (Belegst. S. 71.) ausgedrückte Vermuthung zu berichtigen.

Digitized by Google

Schuldner eine an ſich rechtmäßige, aber in judicio executivo nicht zuläſſige Einrede hatte, lag in der That nahe [3]). Auch wird ſchon in der angeführten Stelle des Traktats von Guido der Satz, »daß das, was mittels der Einrede nicht geſchützt werden könne, durch eine Klage zurückgefordert werden dürfe,« ganz allgemein hingeſtellt [4]).

Später, als der Grundſatz, daß in judicio executivo nur in continenti erweisliche Einreden zuzulaſſen, alle exceptiones altioris indaginis aber ad separatum zu verweiſen ſeyen, allgemeine Anerkennung erlangt hatte [5]), mußte man die Zurück-

---

[3]) Bartolus in L. 2 C. de his, quae vi metusve causa. Belegſt. S. 126, 127. — Idem in L. 1 § 2 D. quod vi aut clam num. 9. Belegſt. S. 130 bis 132. — Ant. de Canario num. 93. Belegſt. S. 212, 213.

[4]) ... »cum per actionem consequamur, quod per exceptionis viam retinere non possumus, imo exceptione uti non possumus.«

[5]) Vgl. Angelus in L. 75 D. de legat. I. (Belegſt. S. 153): »reservantur enim exceptiones ex postfacto.« Ant. de Canario num. 17 (Belegſt. S. 191): »exceptiones, quae requirunt altiorem indaginem, ... in ordinario judicio reservantur.«

Digitized by Google

forderung des in judicio executivo Gezahlten auf den Grund der dem Beklagten vorbehaltenen Einreden schon deßhalb gestatten, weil außerdem dieser Vorbehalt sinnlos gewesen wäre.

Als nun die Zulässigkeit der Einreden am Ende nur noch von der Liquidität derselben abhängig geworden war, da mußte auch zur Begründung der Nachklage jeder gegen die rechtliche Existenz nicht nur der Verpflichtung zur paraten Exekution, sondern auch der Hauptverbindlichkeit gerichtete Einwand zugelassen werden. Ja gerade in dieser letzten Beziehung schien die Zulässigkeit der Zurückforderung durch eine condictio indebiti am wenigsten bedenklich, weil hierüber noch keine Kognition vorhergegangen war [6]).

---

[6]) Bartolus in L. 1 § 2 D. quod vi aut clam. num. 9 (Belegst. S. 131): »... quia verum est, quod non possum repetere tamquam indebitum, quando causa illa, scil. utrum esset debitum vel indebitum, potuit in illo primo judicio examinari, cujus vigore factum est praeceptum. Et ratio est tunc, ne infringam judicis sententiam. Sed quando examinari non potuit, nil impedit, quin competat condictio indebiti vel sine causa...«.

Solve et repete war daher ſeit Bartolus zum allgemeinen, nie angefochtenen Grundſatze geworden; jeder Umſtand, aus welchem die Nichtſchuld nachzuweiſen war, konnte zur Begründung der condictio indebiti v. sine causa benützt werden [7]). Die Verhandlung dieſer Klage geſchah in ordinario [8]).

— Ant. de Canario num. 93. Belegſt. S. 212. vgl. mit Num. 16. Belegſt. S. 190.

[7]) Bartolus l. c. — Idem in L. 60 D. de cond. indeb. num. 12 Belegſt. S. 125, 126. — Angelus l. c. — Idem in L. 60 D. de cond. indeb. Belegſt. S. 151. — Pontanus cons. 76 num. 7. Belegſt. S. 173, 174. — Paulus de Castro in L. 8 D. de cond. ob turp. caus. Belegſt. S. 182. Antonius de Canario num. 75. Belegſt. S. 203. — Idem num. 93. Belegſt. S. 211 bis 213. — Bened. de Barzis P. II qu. XV; Tr. Lugd. 1549 Vol. V fol. 291 b. — Statut von Mailand, Belegſt. S. 277 verb. Et ut omnino etc. — Statut von Genua, Belegſt. S. 294 verb. Qui pro observatione etc. und S. 295 verb. In omnibus autem etc. — Statut von Perugia, Belegſt. S. 321 verb. Volumus tamen, quod is etc. — Statut von Piſtoja Belegſt. S. 347 verb. Salvo tamen jure etc. und S. 348 verb. jure tamen crediti.

[8]) Pontanus cons. 76 num. 7. Belegſt. S. 174.

Auf denselben Grundlagen, wie diese Nachklage, beruht das Klagrecht des aus einer guarentigiirten Urkunde Verpflichteten auf Kassation der Urkunde. Denn auch diese Klage ist in der That nichts Anderes, als eine condictio indebiti, deren Zulässigkeit aus dem römischen Rechte leicht nachzuweisen war [9]) und jedenfalls noch viel unbedenklicher erscheinen mußte, als die der Nachklage. Was daher zur Begründung der Nachklage benützt werden konnte, das mußte auch zur Begründung der condictio instrumenti als Vor- oder Wiederklage dienen. Sie kommt in diesen beiden Eigenschaften schon bei Guido de Suzaria vor [10]). Zweifelhaft konnte es nur erscheinen, welche Wirksamkeit derselben im Falle der Kollision mit

---

— Ant. de Canario num. 17. Belegst. S. 191. — Statut von Genua (Belegst. 295): »et sint reservata jura utrique parti in judicio ordinario.« — Statut von Pistoja a. a. O. —

[9]) L. 5 in f. D. de act. emti et vend. (19, 1.) L. 1 pr. D. ut in poss. legator. (36, 4.) L. 2 § 3. 4. D. de donat. (39, 5.) und besonders L. 3 C. de condictione indebiti. (4, 5.)

[10]) Tr. de instr. guar. num. 11 (Wiederklage) Belegst. S. 46; — num. 33 (Vorklage) Belegst. S. 58.

Digitized by Google

der Exekutivklage zukomme. Eine solche Kollision war nehmlich immer vorhanden, so oft die Kassation im Wege der Wiederklage nachgesucht wurde; sie konnte aber auch bei der selbstständigen Vorklage entstehen, wenn vor der rechtskräftigen Entscheidung derselben die Exekutivklage angebracht wurde. In beiden Fällen entstand die Frage, ob der Fortgang des Exekutivprozesses durch den Streit über die Kassation der exekutorischen Urkunde aufgehalten werden könne. Bei Guido de Suzaria wird diese Frage bejaht. Später aber machte sich die richtige Ansicht geltend, daß der Lauf des Exekutivprozesses durch die condictio instrumenti für sich allein nicht, sondern nur insofern gehemmt werden könne, als die Kassation in continenti ausgewirkt werden kann [11]). Von selbst versteht sich daher, daß die Verhandlung der Wiederklage durchaus an die

---

[11]) Ant. de Canario num. 90. Belegst. S. 210, 211. — Bened. de Barzis P. III qu. 21. Tr. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 293 b. — Anders jedoch nach neapolitanischem Recht; s. ritus magnae curiae vicariae regni Neapolis. rubr. de praeventione Belegst. S. 259, 260.

Digitized by Google

Formen und Stadien des Exekutivprozesses gebunden ist [12]). Die Vorklage dagegen wurde im ordentlichen Prozesse verhandelt.

§ 17.

In Beziehung auf die Form des Exekutivverfahrens galt, wie schon bemerkt, das gemeine Exekutionsverfahren als Norm. Auch im gemeinen Exekutionsverfahren konnten Streitpunkte vorkommen, welche einer contradictorischen Verhandlung bedürftig waren. Ein Beispiel der Art hatte man in L. 15 § 4 D. de re judicata, wo von dem Falle die Rede ist, daß eine Sache als Exekutionsobjekt ergriffen worden war, bezüglich welcher bestritten wurde, daß sie dem der Exekution Unterworfenen zugehöre. Hierüber soll nun is, qui rem judicatam exequitur, summatim cognoscere. Daraus ergab sich die allgemeine Regel, daß alle im Laufe des Exekutionsverfahrens, also auch im Exekutivprozeß aus guarentigiirten

---

[12]) Bartolus in L. 1 § 14 D. de variis et extraord. cogn. 50, 1. (Bart. comm. in Dig. nov. Bas. 1588. II, 681.)

Digitized by Google

Urkunden, vorkommenden Streitfragen summarisch zu verhandeln seyen [1]). Unter summarisch aber verstand man in formeller Beziehung nichts Anderes, als so schleunig als möglich und mit Abschneidung aller nicht absolut nothwendigen Förmlichkeiten, so daß mithin die besonderen Modalitäten des Verfahrens vielfach von der Betriebsamkeit der Parteien und dem Ermessen des Richters abhingen [2]).

Anstatt der Klage also genügt, wenn der

---

[1]) Durantis Spec. Lib. II. Part. III. rubr. de exec. sent. Belegst. S. 101. — Bartolus in L. 4. D. de re jud. num. 3. Belegst. S. 134. — Pontanus Cons. 133. Belegst. S. 167. — Ant. de Canario num. 15. Belegst. S. 189. — Maranta P. IV. dist. IX. — Statut von Padua vom Jahr 1258. Belegst. S. 248. — Statut von Neapel, Belegst. S. 255. — Statut von Tivoli, Lib. II. cap. VI. Belegst. S. 281. — Statut von Vicenza, Belegst. S. 300 bis 302. — Statut von Perugia, Belegst. S. 322. — Statut von Lucca Lib. I cap. CXI in rub. (Belegst. S. 331) Lib. I cap. CXX. Belegst. S. 335, 336. — Statut von Cori Lib. II cap. 8. Belegst. S. 350.

[2]) Die Statuten enthalten jedoch mancherlei, zum Theil sehr zweckmäßige Bestimmungen, durch welche die Willkühr sehr beschränkt wird.

Digitized by Google

Klaganſpruch vollkommen liquid iſt, ein einfaches Exekutionsanrufen: imploratur officium judicis pro executione facienda, petitur executio instrumenti officio judicis [3]), bei Guido de Suzaria petitio guarentigiae genannt [4]), ohne alle Förmlichkeiten eines Klaglibells [5]), welcher überhaupt in summariis nicht erfoderlich war. Selbſt mündliche Anmeldung mußte genügen [6]).

Zur Begründung der Imploration gehörte mit Nothwendigkeit die Vorlage der Urkunde, de-

---

[3]) Bartolus in L. 11 D. de transact. num. 2. Belegſt. S. 119. — Angelus in L. 58 D. de pet. her. num. 2. Belegſt. S. 152. — Salicetus in L. un. C. de confessis num. 35. Belegſt. S. 157. — Idem l. c. num. 36. Belegſt. S. 159.

[4]) Guido de Suzaria num. 25. Belegſt. S. 53.

[5]) Guido de Suzaria num. 21. num. 37. u. öfter. Petr. de Unzola de judiciis. rubr. de proc. contra reum confessum. Belegſt. S. 90. u. A. m. — Statuten: von Padua, Belegſt. S. 248, — v. Ancona, S. 268 a. E., — v. Tivoli, S. 280, — v. Genua, S. 286, — v. Vicenza, S. 300, S. 302, — v. Perugia, S. 322, — v. Cori, S. 359. —

[6]) Vgl. Statut. von Padua vom Jahr 1258. Belegſt. S. 247, 248; — Statut von Vicenza, Belegſt. S. 302. verb. etiam verbo declarata.

Digitized by Google

ren Vollſtreckung gebeten wird; ſie iſt alſo mit der Klage zu übergeben, praesentatur, producitur instrumentum [7]).

Das Petitum der Imploration iſt nicht auf Verurtheilung des Beklagten, ſondern auf Verfügung der Exekution gegen denſelben zu richten [8]).

In manchen Fällen war die Geltendmachung der paraten Exekution noch von einem beſonderen Nachweiſe abhängig [9]), welcher nicht ſofort mit der Imploration geliefert, ſondern erſt im Laufe des Exekutivverfahrens nachgetragen wurde [10]).

---

[7]) Statut von Padua, Belegſt. S. 247, — v. Neapel, S. 256 vgl. mit S. 262, — von Ancona, S. 267, — von Mailand, S. 276, — von Tivoli, S. 281, von Sezza, S. 314, — von Perugia, S. 322, — von Lucca, S. 332, verb. statim viso instrumento etc., — von Velletri, S. 358, — von Cori Lib. II cap. 8. Belegſt. S. 359.

[8]) Ant. de Canario num. 85. Belegſt. S. 207, 208. Idem num. 83. Belegſt. S. 205. — Baldus in L. 5. C. quor. apell. non recip. Belegſt. S. 206. Note 68.

[9]) Z. B. wenn von dem Erben des urſprünglich Berechtigten oder gegen den Erben des urſprünglich Verpflichteten geklagt wurde.

[10]) Z. B. durch eine interrogatio s. positio, welche eidlich beantwortet werden mußte.

Digitized by Google

In diesen Fällen war immer richterliche Kognition über die Exequibilität nöthig [11]), folglich auch ein hierauf gerichtetes Petitum mit dem Hauptantrage zu verbinden, petitur pronunciari instrumentum exequendum (s. mereri executionem) et exequi [12]).

War die einzuklagende Forderung nicht liquid, so konnte auch der Antrag auf Liquidation mit dem Exekutionsantrage verbunden werden: petitur instrumentum liquidari et eo liquidato liquidum pronunciari et tunc (pro quantitate liquida) executioni mandari [13]).

Endlich mußte das Petitum der Klage, wenn sie aus einer Privaturkunde angestellt wurde, auch noch auf Vorladung des Beklagten ad recognoscendum ausgedehnt werden [14]).

---

[11]) Das Erkenntniß hierüber nannte man die pronunciatio s. pronuncia de exequendo.

[12]) Ant. de Canario num. 85. Belegst. S. 207.

[13]) Baldus in L. 2. C. de exec. rei jud. num. 7. Belegst. S. 144. — Ant. de Canario num. 34. Belegst. S. 196, 197. — Bened. de Barzis P. I. qu. 2. Belegst. S. 217.

[14]) Baldus in Auth. Contra qui propriam. C. de non num. pec. num. 23. Belegst. S. 146. — Ludov. Pontanus cons. 337. Belegst. S. 171.

Digitized by Google

§ 18.

In den früheſten Zeiten, da es noch üblich war, einen förmlichen Rechtsſtreit vor dem ordentlichen Richter zu ſimuliren, um im Laufe dieſes Streites eine confessio und in Folge derſelben ein praeceptum de solvendo zu erlangen, konnte die Verfügung auf die nach Ablauf der im praeceptum ſtatuirten Zahlungsfriſt angebrachte Imploration des Gläubigers (welche hier die Stelle der Exekutivklage vertritt,) in nichts Anderem beſtehen als in der ſofortigen Verhängung wirklicher Exekution. Der Anfang des Exekutionsverfahrens war ja eigentlich ſchon durch das praeceptum de solvendo gemacht und es bedurfte alſo nur noch des richterlichen Auftrags an den Exekutor zur Anwendung der Zwangsmittel, licentia exequendi. In dieſem Sinne ſind die Statuten zu nehmen, welche beſtimmen, daß mit der Exekution ſofort auf Vorzeigen der Urkunde (statim viso instrumento) ohne vorgängiges Gehör des Beklagten zu beginnen ſey [1]).

---

[1]) Baldus in L. 1 C. ne filius pro patre. num. 9. Belegſt. S. 141. — Statut v. Lucca, Belegſt. S. 332.

Digitized by Google

Allein schon sehr frühe scheint man es für nöthig gehalten zu haben, der wirklichen Vollstreckung eine Vorladung des Beklagten und die Ertheilung eines nochmaligen Zahlungsbefehls [2]) unter Androhung der bevorstehenden Zwangsmaaßregeln vorausgehen zu lassen, wohl deßhalb, weil das erste (vertragsmäßige) praeceptum de solvendo eine solche Androhung nicht zu enthalten pflegte [3]) und weil man dem Beklagten Gelegenheit geben wollte, seine allenfallsigen Einwendungen gegen die beantragte Exekution anzubringen [4]). Das Bedürfniß einer solchen Gelegenheit ward um so dringender, jemehr im Laufe der Zeit das

---

[1]) Guido de Suzaria num. 57. (Belegst. S. 67.): postea judex in exequendo praeceptum guarentigiae praecepit dicto Arrigo, quod deberet dare procuratori dicti Alderici CXXIII florenos auri illinc ad X dies reservatis sibi olim exceptionibus, si quas vellet opponere. — Rolandinus de judiciis rubr. de processu contra reum confessum. verb. Facit enim reum citari etc. Belegst. S. 82.

[2]) Siehe die Formeln oben S. 75—79.

[3]) Guido de Suzaria l. c. verb. reservatis sibi exceptionibus etc. — Rolandinus l. c. Belegst. S. 82 und 83.

Vertheidigungsrecht des Beklagten erweitert worden war [5]), ja die absolute Nothwendigkeit irgend einer auf Gestattung des rechtlichen Gehörs gerichteten Maaßregel mußte wenigstens dann allgemein anerkannt werden, als man überhaupt alle in continenti erweislichen Einreden für zulässig erklärt hatte [6]). Ueberdieß galt auch bezüglich des Exekutionsverfahrens aus rechtskräftigen Erkenntnissen der Grundsatz, daß der wirklichen Vollstreckung eine Ladung des Beklagten gewöhnlich und wenigstens dann immer vorausgehen müsse, wenn die Vollstreckung bei einem anderen Richter, als dem, welcher das Erkenntniß erlassen hat, nachgesucht wird [7]): ein Fall,

---

[5]) Ant. de Canario num. 81. Belegst. S. 204.

[6]) Weil von da an die Zulässigkeit der Einreden nicht sowohl von der Beschaffenheit der exekutorischen Urkunde, welche der Kläger vorgelegt hat, als vielmehr von der Beschaffenheit der Beweismittel, welche der Beklagte vorbringen wird, und welche daher nicht ohne vorgängiges Gehör des Beklagten beurtheilt werden können, abhängig war. Vgl. Ant. de Canario l. c.

[7]) Baldus in L. 3 C. de exec. rei jud. num. 8. (Baldus in Cod. Ed. Venet. 1586. Vol. IV. fol. 72 b.) Ant. de Canario num. 81. 82. Belegst. S. 203,

welcher bei Instrumenten mit der clausula guarentigiae stets gegeben war, da das praeceptum guarentigiae nie von dem judex chartularius, welcher dasselbe erlassen hatte, sondern nur von dem wirklichen Richter (cum administratione) exequirt werden konnte [8]).

Im XIV und XV Jahrhundert war daher die Nothwendigkeit der Citation bereits zur allgemeinen und unbestrittenen Regel geworden [9]).

---

204. — cf. Bartolus in L. 15 § 2 D. de re jud. num. 2 (Bart. in Dig. nov. Bas. 1588. Vol. I pag. 357.): Quaero . . . antequam judex praecipiat executionem fieri, an debeat pars citari? Dicunt doctores nostri, quod debet citari pars et sibi terminus competens assignari ad ostendendum, quare non debeat executioni mandari . . . . et hoc tenet Cynus et Roffredus . . .

[8]) Bartolus in L. 15 § 1 D. de re jud. num. 8. Belegst. S. 119.

[9]) Ant. de Canario num. 81. Belegst. S. 204. — Vgl. alle in der Chrestomathie von Belegst. unter Num. I. bis XV. mitgetheilten Statuten. — Einzelne Ausnahmen haben sich allerdings in den Stadtrechten lange erhalten, namentlich in der Art, daß ohne vorgängige Ladung sofort Personalarrest verfügt und erst nach dessen Vollzug zum rechtlichen Gehör des Beklagten geschritten wurde; s. Baldus in L. 3 C. de pign. et hyp. num. 12. Belegst.

Digitized by Google

Da nun die Citation in Folge der doppelten Rückſicht einerſeits auf den Anſpruch des Klägers auf parate Exekution und anderſeits auf den Anſpruch des Beklagten auf rechtliches Gehör nicht nur ein mandatum de solvendo executivum, ſondern auch die Ladung des Beklagten ad opponendum contra executionem enthalten mußte, ſo ergab ſich der Inhalt derſelben von ſelbſt dahin: der Beklagte habe binnen ordnungsmäßiger Friſt [10]) bei Vermeidung der Exekution zu zahlen oder ſeine Einwendungen gegen die beantragte Exekution vorzubringen.

Man erſieht hieraus, daß die Verfügung auf die Exekutivklage nichts Anderes war, als das heut zu Tage ſogenannte mandatum cum clausula [11]).

S. 141, wo vom Stadtrecht von Florenz die Rede iſt. — Idem in L. 22 C. Mandati. num. 21 Belegſt. S. 143. — Siehe auch Statut von Lucca Lib. I cap. CXI. Belegſt. S. 331 — 332, vgl. mit cap. CXX pr. Belegſt. S. 335, verb. Primus modus est etc.

[10]) Gewöhnlich eine Friſt von 10 Tagen; Guido de Suzaria num. 1. Vgl. oben § 7. Note 4. S. 83, 84. — Die Friſtbeſtimmungen der Stadtrechte weichen jedoch häufig ab.

[11]) Damit hängt denn auch das weitere Verfahren

So lautet schon die in einem Statut von Padua vom Jahr 1258 aufbehaltene Citationsformel [12]:

quod usque ad tertiam diem debeat sibi (sc. creditori) solvisse, dedisse vel fecisse id, quod debet vigore instrumenti sententiae aut praeceptorum, aut debeat comparere coram tali judice ad videndum et audiendum talem creditorem suum producere jura sua et procedere contra eum secundum formam statutorum [13].

Im Wesentlichen dieselbe Citationsformel finden wir bei Guido de Suzaria [14]:

---

genau zusammen. Man könnte daher füglich kurzweg sagen: aus guarentigiirten Urkunden gestatteten die Italiener den Mandatsprozeß, — wenn sich nur nicht auch an diesen Namen die unselige Vorstellung von einer »bestimmt summarischen Prozeßart« knüpfte.

[12]) Belegst. S. 245, 246.

[13]) Dieses procedere bestand eben für den Fall des Ungehorsams des Beklagten in sofortiger Einleitung der wirklichen Exekution; s. Statut von Padua v. J. 1258. Belegst. S. 249. verb. Et si reus non contradixerit etc.

[14]) Belegst. S. 67. num. 47.

Digitized by Google

quod deberet dare procuratori dicti Alderici (creditoris) CXXIII florenos auri illinc ad X dies reservatis sibi olim [15]) exceptionibus, si quas vellet opponere.

Ob nun dem Beklagten zur Anfechtung der beantragten Exekution eine eigentliche Tagfahrt bestimmt wurde, in welcher er, — oder eine Frist, innerhalb welcher er seine Einwendungen vorzubringen hatte, dieß ist für das Wesen der Sache völlig gleichgültig [16]); die Stadtrechte verordnen daher bald das Eine bald das Andere [17]).

Wesentlicher aber scheint eine andere Abweichung. Nach Vorschrift mancher Statuten nehmlich enthielt die erste Verfügung auf die Exekutivklage keinen Zahlungsbefehl, sondern nur die Ladung zu einem Productionstermin [18]), bald mit

---

[15]) Dieses olim geht offenbar auf die Frist der decem dies, wie sich aus dem Zusammenhange mit dem folgenden Satze: infra dictum tempus X dierum dictus Arrigus opposuit etc. klar ergibt.

[16]) Zweckmäßiger ist offenbar die Bestimmung einer Tagfahrt.

[17]) Beispiele für das Eine wie für das Andere geben die in den Belegstellen mitgetheilten Statuten. —

[18]) Daß die Produktion der Urkunde, aus welcher die

bald ohne Auftrag zur Anbringung der Einreden, so daß in dem letzteren Falle erst noch eine besondere Frist ad opponendum gestattet, das mandatum de solvendo aber erst nach fruchtlosem Verlaufe der Oppositionsfrist erlassen wurde [19]).

Auch hier zwar war die maaßgebende Absicht der ganzen Procedur nur auf das Zahlungsmandat gerichtet, zu welchem das demselben vorangehende Verfahren lediglich in dem Verhältnisse

---

Exekutivklage angestellet wird, einen Hauptakt ausmacht, haben wir bereits gesehen. Der Beklagte mußte auch Gelegenheit haben, die Urkunde zu inspiciren, gegen deren Vollstreckung er sich opponiren wollte. Die Anberaumung eines besondern Termins zur Produktion und Inspektion der Urkunde war daher sehr natürlich und konnte wohl in den Fällen mündlicher Klagammeldung niemals umgangen werden, weil es hier nöthig erschien, nicht nur dem Beklagten zur Opposition, sondern auch dem Kläger zur vollständigen Begründung seines Antrags Gelegenheit zu geben.

[19]) Statut von Ancona vom J. 1357. Lib. II cap. III. Belegst. S. 267, 268. — Statut von Tivoli Lib. II cap. VI. Belegst. S. 281. — Statut von Velletri Lib. II cap. XV. Belegst. S. 353, 354. — Statut von Cori Lib. II cap. 8. Belegst. S. 359.

Digitized by Google

präparatorischer Verhandlungen steht [20]). Der Grundcharakter des Prozesses wird daher auch durch diese Abweichung nicht verändert.

Dagegen mußte die äußere Form der Procedur allerdings ein sehr verändertes Ansehen gewinnen, wenn man den Streit nicht mehr durch Erlassung des Zahlungsmandats und unter Zulassung gleichzeitiger Verhandlungen über die Rechtmäßigkeit des Mandats, sondern durch eine einfache Citation unter Anweisung einer bestimmten Reihenfolge der einzelnen Verhandlungen eröffnete, und, wie dort den Anfang, so hier den Schluß mit der Erlassung oder nach Umständen Abschlagung des beantragten Mandats machte.

Am häufigsten mußte die letztere Art des Verfahrens bei exekutorischen Privaturkunden vorkommen, da bei diesen die vorgängige Rekognition als eine Vorbedingung der exekutorischen Wirk-

---

[20]) In ähnlicher Weise, wie das Liquidationsverfahren aus einer exekutorischen Urkunde, welche über die Leistung eines dem Betrage nach unbestimmten Interesse verlautet. Vgl. oben S. 165, 166. — Siehe auch Statut von Lucca. Cap. CXXII. Belegst. S. 337, verb. sin autem elegerit creditor summ interesse etc.

Digitized by Google

ſamkeit galt [21]). Hier konnte alſo regelmäßig nicht mit dem Zahlungsmandat, ſondern nur mit einer citatio ad recognoscendum begonnen werden [22]).

§ 19.

Das weitere Verfahren nun war, jenachdem auf die Exekutivklage ein mandatum cum clausula oder eine simplex citatio verfügt worden war, folgendes:

I. Im Falle eines mandatum cum clausula, und zwar

---

[21]) Die Rekognition konnte jedoch auch ſchon vor Anſtellung der Exekutivklage erfolgt ſeyn, entweder gelegentlich oder in Folge einer ſelbſtſtandigen Klage; ſ. Baldus in Auth. contra qui propriam C. de non num. pec. Belegſt. S. 146. Alsdann unterliegt es keinem Zweifel, daß auch aus einer exekutoriſchen Privaturkunde der Prozeß mit einem mandatum de solvendo eröffnet werden konnte. Es pflegen auch die Statuten meiſtens ganz im Allgemeinen die Gleichſtellung der Privaturkunden mit den öffentlichen auszuſprechen, indem ſie die Nothwendigkeit der Rekognition als etwas, was nebenbei in Rückſicht kommt, berühren.

[22]) Statut von Ancona vom Jahr 1450. Belegſt. S. 270. — Statut von Tivoli Lib. II cap. 27 in f. Belegſt. S. 281.

Digitized by Google

1. mit Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Beklagte seine Einwendungen vorbringen durfte.

a. Hatte der Beklagte innerhalb dieser Frist keine Einwendungen gemacht, so wurde sofort nach Ablauf derselben durch einfaches Dekret der wirkliche Vollzug der angedrohten Exekution angeordnet [1]).

b. Dasselbe mußte wohl geschehen, wenn der Beklagte nur absolut unzulässige Einwendungen vorgebracht hatte.

c. Hatte der Beklagte Einreden vorgebracht, welche nicht an sich unzulässig waren, so kam es nun darauf an, dieselben in continenti zu erwei-

---

[1]) Rolandinus de proc. contra reum confessum. Belegst. S. 82. — Statut von Padua, Belegst. S. 248. verb. Et si reus non contradixerit etc. — Statut von Genua, Belegst. S. 291. verb. Et servatis praedictis. — Statut von Rom Lib. I cap. 75. Belegst. S. 308. verb. Quibus diebus etc. — Lib. V. cap. 5. Belegst. S. 312. Innerhalb dieser Frist mußte es dem Beklagten auch gestattet seyn, von der dem Richter vorgelegten Urkunde, deren Vollstreckung beantragt ist, Einsicht zu nehmen.

Digitized by Google

sen [2]). Jenachdem dieser schleunige Beweis geliefert wurde oder nicht, beschloß der Richter die Abweisung des Klägers und die Einstellung des Exekutionsverfahrens oder die Verurtheilung des Beklagten und die Fortsetzung des Exekutionsverfahrens, und zwar in der Regel durch ein förmliches Erkenntniß: pronunciatio s. sententia utrum post exceptionem procedendum sit an non contra reum, sententia de exequendo vel non exequendo [3]).

---

[2]) Ant. de Canario num. 15. Belegst. S. 190. verb. quam paratus sum in continenti etc. — Statut von Padua, Belegst. S. 249. verb. Si autem reus etc. — Statut von Neapel, Belegst. S. 257. verb. nisi in promptu et in ipso instanti etc. — Statut von Mailand, Belegst. S. 276. — Statut von Sezza, Belegst. S. 314. verb. Et si neget etc. — Statut von Perugia, Belegst. S. 320. verb. Et opponens etc. —

[3]) Rolandinus l. c. Belegst. S. 85. — Statut von Padua vom J. 1258, Belegst. S. 252. verb. pronunciet sententiam vel praeceptum mereri executionem vel non mereri. — Statut von Genua, Belegst. S. 286. verb. quo elapso magistratus teneatur pronunciare in causae dictae executionis etc. — Statut von Vicenza, Belegst. S. 304. — Statut von Rom, Belegst. S. 308. — Statut von

Digitized by Google

Unter ſchleunigem Beweiſe aber verſtand die gemeinrechtliche Doktrin einen Beweis, welcher ſo ſchnell geliefert wird, daß dadurch der natürliche Lauf des Exekutionsverfahrens nicht aufgehalten wird [4]). Der Beweisführer war daher an keine beſtimmte Friſt gebunden; wenn er nur mit ſeinem Beweiſe eher aufkommen konnte, als die Exekution verhängt war [5]). Die Stadtrechte geſtatten gewöhnlich eine genau beſtimmte Friſt, innerhalb welcher der Beweis angetreten und vollführt werden muß, terminus ad probandum et probatum habendum. Dieſe Friſt fiel bald mit der Oppoſitionsfriſt zuſammen [6]), terminus ad opponendum, probandum

---

Lucca, cap. CXXII. Belegſt. S. 338. — Statut von Trieſt Lib. II rubr. 9. Belegſt. S. 363. verb. et statim feratur sententia.

[4]) Bartolus in L. 4 § 6 D. de re jud. num. 4. Belegſt. S. 134. — Idem super constitutione Ad reprimendum, ad v. summarie num. 4. (Consilia, quaestiones et tractatus D. Bartoli. Lugd. 1552. fol. 100.) — Ant. de Canario num. 19. Belegſt. S. 192. —

[5]) Rolandinus de proc. contra reum conf. Belegſt. S. 83. verb. Sed bene potest reus etc. — Ant. de Canario l. c.

[6]) Z. B. Statut von Rom Lib. I cap. LXXV (Be-

et probatum habendum, bald wurde ſie neben der Oppoſitionsfriſt noch beſonders geſtattet [7]). Was nun innerhalb derſelben erwieſen wurde, das war in continenti erwieſen. — Mit welchen Beweismitteln der Beklagte den ihm obliegenden Beweis führen wollte, war an ſich gleichgültig, wenn er denſelben nur rechtzeitig lieferte [8]). Vorzüglich

legſt. S. 307, 308): Quas exceptiones vel earum alteram possit debitor opponere et oppositas probare debeat infra X dies utiles, computandos a die, pro qua debitor citatus fuit ad videndum productionem instrumenti.

[7]) Dieß ſcheint in ſpäteren Zeiten das gewöhnlichere geweſen zu ſeyn; ſo z. B. in den meiſten Statuten, welche in den Belegſtellen mitgetheilt ſind.

[8]) Ant. de Canario l. c.

[9]) Idem l. c. verb. ex quo patet, quod si executio deberet fieri ex forma statuti realiter et personaliter ... quod tunc nulla exceptio probanda admitteretur, nisi ea, quae momento probari posset, forsitan per aliud publicum instrumentum. — Aber auch durch den Gebrauch von Interrogationen war leicht ein ſchleuniger Beweis herzuſtellen; vgl. Statut von Genua vom J. 1589 Lib. II cap. III verb. Declarato quod non etc. Belegſt. S. 294, — Lib. II cap. XIV verb. teneatur citatus respondere cum juramento et sub vinculo juramenti veritatem dicere. Belegſt. S. 297.

Digitized by Google

geeignet zu einem ſchleunigen Beweiſe waren allerdings zu allen Zeiten ſchriftliche Urkunden [9]). Auch war es eine althergebrachte Sitte, daß man ſich in Schuldurkunden zu größerer Sicherheit des Gläubigers durch eine beſondere Klauſel verpflichtete, den Beweis der Zahlung oder anderer Erlöſchung der Schuld auf keine andere Weiſe als durch ſchriftliche Urkunden zu liefern [10]). Aus dieſen Verhältniſſen erklärt ſich wohl die hier und da vorkommende, auch in die Stadtrechte übergegangene Anſicht, daß der Beweis der Einreden im Exekutivprozeß überhaupt nur durch ſchriftliche Urkunden geführt werden dürfe [11]).

---

[10]) Rolandinus und Durantis in ihren Formularien zu Schuldurkunden Belegſt. S. 79 und S. 97.

[11]) Guido de Suzaria de instr. guar. num. 1. Belegſt. S. 43. — Bartolus in L. 60 D. de cond. indeb. num. 12. Belegſt. S. 125, 126. — Angelus in L. 5 D. de jurejur. num. 1. Belegſt. S. 151. — Idem in L. 60 D. de cond. indeb. num. 4. Belegſt. S. 151. — Castrensis in L. 7 § 72 D. de pactis. Belegſt. S. 181. u. A. m. — Vgl. Statut von Neapel rub. Practica super tenore instrumenti. Belegſt. S. 259. — Statut von Florenz nach Ludov. Pontanus

Allgemeine Anerkennung hat dieſelbe niemals erlangt [12]).

2. War dem Beklagten eine Tagfahrt beſtimmt, in welcher er ſeine Einwendungen vorzubringen hatte, ſo begann die Verhandlung gewöhnlich damit, daß der Kläger die Urkunde, deren Vollſtreckung er beantragt hatte, dem Beklagten zur Einſicht vorlegte, productio instrumenti. Hiermit war wohl eine beſtimmte Aufforderung an den Beklagten zur Erklärung über die Aechtheit der Urkunde und die Wahrheit ihres Inhalts in der Regel — wenigſtens bei öffentlichen Urkunden — nicht verbunden, ſondern es blieb dem Beklagten überlaſſen, die Einwendungen, welche

---

cons. 76. num. 8. Belegſt. S. 174. — Statut von Perugia, Belegſt. S. 320 und 326. — Statut von Lucca cap. CXXIX, Belegſt. S. 341. — Statut von Piſtoja, Belegſt. S. 346, verb. Et contra dicta etc. —. Vgl. auch Statut von Trieſt Lib. II rubr. 8, Belegſt. S. 363, 364. und Statut von Genua, Belegſt. S. 287, verb. Et si fuerit.

[12]) S. Statut von Padua vom J. 1258, Belegſt. S. 251, verb. Et si debitor etc. (Zeugen.) — Statut von Mailand, Belegſt. S. 277, verb. Ita tamen etc. (Eideszuſchiebung.) — Statut von

er in beiden Beziehungen hatte, vorzubringen, indem er in allen den Punkten, welche er mit Stillschweigen überging, als geständig erachtet wurde. — Manche Statuten aber verordnen allerdings ein förmliches, nicht nur auf die Aechtheit der Urkunde, sondern auch auf den Inhalt derselben gerichtetes Rekognitionsverfahren, wobei der Beklagte seine Erklärung eidlich zu bekräftigen verpflichtet war [13]).

Das weitere Verfahren nach der Produktion war dasselbe wie im vorigen Falle.

II. Im Falle einer simplex citatio.

Genua, Belegst. S. 287, verb. Possit tamen reus etc. (Zeugen.) — Statut von Vicenza, Belegst. S. 303, verb. Possit tamen pars etc. (Zeugen.) — Statut von Lucca cap. CXXIX in f. Belegst. S. 342.

[13]) Statut von Neapel, Belegst. S. 256, 257. — Vgl. auch Statut von Sezza (Belegst. S. 314): facta productione dicti instrumenti ... statim cum juramento interrogetur ille, contra quem producitur, si debitum in instrumento contentum confiteatur aut neget. — Statut von Cori Lib. II cap. 8, Belegst. S. 359.

Digitized by Google

1. Wenn dieſe Ladung keinen beſtimmten Auftrag an den Beklagten enthielt, in der angeſetzten Tagfahrt ſeine Einwendungen vorzubringen, ſo diente der Termin lediglich zur Produktionshandlung, und es wurde hiernächſt eine beſondere Friſt ad opponendum eröffnet [14]).

2. War aber der Beklagte ſchon zur erſten Tagfahrt ad opponendum geladen worden, ſo mußten in derſelben nach vorgängiger Produktionshandlung des Klägers ſämmtliche Einwendungen des Beklagten vorgebracht werden [15]).

Hatte derſelbe an ſich zuläßige Einwendungen vorgebracht, ſo wurde ihm entweder Kraft des Geſetzes oder aus richterlichem Auftrage die Friſt ad probandum et probatum habendum eröffnet [16]).

Hatte aber der Beklagte keine Einreden vorgeſchützt, oder die vorgeſchützten Einreden inner-

---

[14]) Statut von Tivoli Lib. II. cap. VI. Belegſt. S. 281. — Statut von Sezza, Belegſt. S. 314.

[15]) Statut von Cori Lib. II cap. 8. Belegſt. S. 359.

[16]) Statut von Tivoli a. a. O. — Statut von Sezza a. a. O. — Statut von Cori Lib. II cap. 5. Belegſt. S. 358. verb. Sed si debitor.

Digitized by Google

halb der ſtatuirten Beweisfriſt nicht erwieſen, ſo wurde nunmehr das mandatum de solvendo erlaſſen und nach abgelaufener Zahlungsfriſt ohneweiters exequirt [17]). —

Das Verfahren aus exekutoriſchen Privaturkunden hat außer der Nothwendigkeit einer den übrigen Verhandlungen vorausgehenden Rekognition nichts Eigenthümliches. Das Rekognitionsverfahren war interrogatoriſch [18]). Der Beklagte mußte ſich über die Aechtheit der Urkunde eidlich erklären. Läugnete er, ſo konnte der Beweis der Aechtheit von dem Producenten auf beliebige Weiſe geführt werden, durch Zeugen, Schriftvergleichung und dergleichen [19]).

---

[17]) Statut von Tivoli a. a. O. »quo termino elapso si ipse reus in probatione praedictorum defecerit, detur eidem terminus ad solvendum . . . et executioni mandetur. — Statut von Cori, Belegſt. S. 359. 360. — Statut von Velletri Lib. II cap. XV. verb. Et si infra dictum terminum etc. Belegſt. S. 354.

[18]) Baldus in Auth. Contra qui propriam C. de non num. pec. — Statut von Genua, De positionibus etc. Belegſt. S. 296.

[19]) Statut von Ancona vom J. 1450. cap. IX. Be-

Sobald nun die Aechtheit der Urkunde, — sey es nun durch das Anerkenntniß des Beklagten oder durch die Beweisführung des Klägers, — hergestellt war, begann das eigentliche Exekutivverfahren wie aus öffentlichen Urkunden.

§ 20.

Es versteht sich von selbst, daß in allen Fällen das Erkenntniß im Exekutivprozeß nicht auf einen Ausspruch über die Schuld oder Nichtschuld, sondern, jenachdem verurtheilt oder freigesprochen wird, nur auf Gestattung oder Verweigerung des beantragten Exekutions- respektive Zahlungsmandats gerichtet seyn durfte [1]).

Ob gegen die im Exekutivprozeß vorkommenden Erkenntnisse die Appellation zuläßig sey, und mit welcher Wirksamkeit, darüber war die Doktrin lange schwankend. Auch diese Frage wurde an die herrschenden Grundsätze über die Zuläßigkeit

---

legst. S. 270. 271. — Statut von Tivoli Lib. II cap. VI in f. Belegst. S. 281. — Statut von Rom Lib. I. cap. LXXVI. Belegst. S. 310. — Statut von Triest Lib. II rubr. 9. Belegst. S. 363.

[1]) Ant. de Canario num. 85. Belegst. S. 207. 208

der Appellation im gemeinen Exekutionsverfahren angeknüpft. Hier unterschieden Manche zwischen der executio facti, wohin die Erlassung eines Exekutionsmandats durch einfaches Dekret gehört [2]), und zwischen der sententia de exequendo, indem sie die Appellation in jenem Falle zuließen, in diesem aber verwarfen [3]). Die Mehrzahl aller Autoritäten aber verwarf die Appellation in beiden Fällen, nisi executor excedat modum in exequendo [4]). Allein auch hiermit verstand man

---

[2]) Durantis Lib. II Part. III rubr. de appellatione. Belegst. S. 103. num. 6 verb. praecipit executori, ut capiat pignori res.

[3]) So namentlich die Glosse zu L. 5 C. quor. appell. non recip. ad v. Ab executione, und zu L. 4 D. de appell. ad v. Ab executore. Vgl. Statut von Lucca Cap. CXXII. Belegst. S. 337 a. E. und S. 338 a. E.

[4]) Joannes Andreae, Belegst. S. 104. – Cinus in L. 5 C. quor. app. non rec. Belegst. S. 114. 115. — Baldus, Belegst. S. 206. 207. Note 68. — Ant. de Canario num. 83—85, Belegst. S. 205—208, und die dort angeführten Schriftsteller. — S. auch Statut von Tivoli, Belegst. S. 281, — und Statut von Genua, Belegst. S. 289.

Digitized by Google

nicht die Verwerflichkeit der Appellation ſchlechtweg, ſondern nur die Unzuläſſigkeit des Suspenſiveffekts [5]).

---

[5]) Ant. de Canario num. 86. Belegſt. S. 208. 209. — Sigism. Scaccia Tr. de appellationib. Quaestio XVII. Limitatio IX num. 51: »Sublimita declarando, ut, quod initio limitationis dixi (in executivis non appellatur), non dari executionem, procedat quoad effectum suspensivum; sed ad effectum devolutivum datur appellatio.« — Statut von Genua vom Jahr 1498 Lib. II cap. II verb. A sententiis etc. Belegſt. S. 289; und Lib. I cap. XXVI Belegſt. S. 290. — Statut von Perugia Vol. II rubr. 29 verb. Et ab executione etc. Belegſt. S. 323. 324. — Statut von Piſtoja Lib. II rubr. XXXIV verb. Et a pronunciatione etc. Belegſt. S. 348. — Statut von Velletri Lib. II. Cap. XIX verb. statim appellatione postposita.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Praxis der geiſtlichen Gerichte.

Schriftſteller: ANTONIUS MASSA GALESIUS, civis Romanus, ad formam cameralis obligationis. In den Tractatus illustrium jurisconsultorum. Venet. 1584. Tom VI. P. II fol. 349 — 365 b.

Schrieb um's Jahr 1500.

§ 1.

Auch bei den geiſtlichen Gerichten des Mittelalters waren exekutoriſche Inſtrumente ſchon ſehr frühe im Gebrauch, nehmlich vor Wilhelm Durantis (1237 — 1296). Zuerſt bediente ſich derſelben die päpſtliche Kammer, um ſich die ihr für Verleihung geiſtlicher Pfründen zufließenden Annaten und andere Servitien zu ſichern [1]). Da-

[1]) Galesius ad form. cam. obl. P. I qu. 2. num. 1. fol. 350.

Digitized by Google

her erhielten sie den Namen obligationes cameriales, obligationes in forma camerae, welcher auch später beibehalten wurde, als der Gebrauch dieser Obligationen dem gewöhnlichen Privatverkehr bekannt und zugänglich geworden war [2]).

Auch bei diesen Instrumenten war die Absicht auf parate Exekution, wie aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse, gerichtet; und diese Wirksamkeit beruht auch hier ganz auf derselben Grundlage, wie bei den guarentigiirten Urkunden der Stadtrechte, nehmlich auf der Fiktion einer confessio in jure und des darauf ergangenen mandatum s. praeceptum de solvendo executivum, wodurch man die Uebereinstimmung des gemeinen Rechts vollständig erzwungen zu haben glaubte; ja merkwürdiger Weise war der Glaube daran so stark, daß sich das Ansehen und der Gebrauch der Cameralobligationen Jahrhunderte lang und

---

[2]) Galesius P. III. partic. 2. num. 3. fol. 360 b: manifesta atque adeo notoria est ea forma (sc. obligationis cameralis), ut nedum judicibus, sed rusticis etiam et muliebribus sit cognita.

Digitized by Google

bis zum Jahr 1570 blos durch die Praxis ohne Dazwiſchenkunft der Geſetzgebung erhalten hat [3]).

Das Mittel, welches man zur Zeit des Durantis gebrauchte, um eine Schuldurkunde exekutoriſch zu machen, war auch hier die Simulation eines Prozeſſes [4]): die Kontrahenten nehm-

---

[3]) Galesius P. I qu. 2. num. 11. 12. fol. 351 b: Fundatur autem hujus executionis privilegium in confessione potissimum judiciali, quae confessio de jure communi paratam habet executionem: quia habet vim sententiae et rei judicatae; L. proinde § notandum ff. ad l. Aquil. L. un. C. de confess. L. si debitores et L. post rem ff. de re jud. — Idem l. c. qu. 3. num. 2: non arctamur verbis alicujus statuti, sed duntaxat ipsius obligationis verbis secundum juris communis dispositionem interpretandis. — Sigism. Scaccia de judiciis Lib. I cap. 62. num. 17.

[4]) Durantis Speculum jud. Lib. II part. 2. rubr. de renunciatione et conclusione. num. 33. Ed. Basil. 1563. Vol. I pag. 712: »ultimo nota illud, quod in Romana curia frequentatur: nam aliquo Praelato seu alio mutuo pecuniam recipiente fit super hoc contractu publicum instrumentum; postmodum vero contrahentes accedunt ad aliquem auditorem,

Digitized by Google

lich kamen mit der Vertragsurkunde vor den Auditor; der Gläubiger klagte; der Schuldner legte die confessio ab; der Auditor erließ das praeceptum de solvendo in folgender Weise [5]):

Universis etc. talis auditor salutem in Domino. Noverit universitas vestra, quod constitutis in praesentia P. et G. idem G. petiit, sibi sententialiter condemnari dictum P. in centum lib., in quibus tenebatur eidem, prout patet per publicum instrumentum manu talis notarii confectum, protestans etiam de expensis damnis et interesse, [Vel dic: Idem [6]) P. petitionem obtulit in haec verba: coram etc. [7])] dictus vero P. volens bo-

---

coram quo creditor petit sibi satisfieri de debito, prout in ipso instrumento continetur; et is, qui recepit, confitetur id coram eo, supponens se jurisdictioni ipsius, ita quod, nisi statuto tempore solverit, in eum sententiam excommunicationis ferat et aliter procedat, prout conventum fuerit inter partes.«

[5]) Durantis l. c.

[6]) Leg. eidem.

[7]) Hier ist die Formel eines Klaganrufens, einer qualisqualis petitio loco libelli, gemeint.

Digitized by Google

nam fidem agnoscere, et nolens sumptibus et litibus inaniter se gravare, litem contestando *) confessus fuit in judicio coram nobis, petita vera esse et se ad praemissa teneri, sed cum tunc solvere non posset, obtulit et promisit se talibus loco et tempore G. vel ejus nuncio hoc instrumentum restituenti integre dictum debitum soluturum. Nos igitur auditis et intellectis confessione et protestatione praedictis in judicio habitis coram nobis, viso quoque ipsius debiti publico instrumento, Christi nomine invocato, de consensu et voluntate expressa dictorum P. et G., qui se sponte nostro judicio submiserunt, eis praesentibus et sententiam postulantibus, in his scriptis dictum P. ad solutionem dictae pecuniae faciendam eidem G. vel ejus nuncio sententialiter condemnamus: praecipientes eidem P., ut ipsi G. seu ejus nuncio hoc praesens instrumentum restituenti dictis loco et termino integre satisfaciat de pecunia memorata. Nos enim ex nunc trina monitione prae-

*) Gegen die oben (Kap. II § 7. S. 89 ff.) nachgewieſene Regel.

Digitized by Google

missa in ipsum P. ejus accedente consensu expresso in his scriptis excommunicationis sententiam proferimus, si dictis loco et termino cessaverit in solutione praefata vel aliquo praemissorum. Et si in dicta solutione cessaverit, damus de consensu et voluntate dicti P. liberam potestatem eidem G., quod ex tunc sua auctoritate sine alia monitione vel alterius licentia eum possit, ubi et quando sibi videbitur, tamdiu facere excommunicatum publice pronunciari, quousque dictus P. plene satisfecerit dicto G. Quae omnia et singula dictus P. acceptavit et approbavit et promisit solenniter se ea observaturum et in nullo contraventurum sub debito corporaliter praestiti juramenti, promittens, quod non appellabit nec ullam exceptionem proponet, item quod non opponet, dictam sententiam ante terminum solutioni praefixum fore prolatam. In cujus rei testimonium etc.

Uebrigens konnte die obligatio in forma camerae auch durch einen Specialbevollmächtigten eingegangen werden, weßhalb Durantis an einem anderen Orte [8]) ein allen vorstehen-

[8]) Lib. I. partic. III. Rubr. de procuratore. § de for-

den Klauſeln entſprechendes Vollmachtsformular gibt.

§ 2.

Galeſius theilt aus einem alten Koncept-buche der päpſtlichen Kammer [1]) noch zwei Formularien mit, welche er für älter zu halten ſcheint, als das des Durantis [2]). Sie enthalten gleich dieſem ein mandatum s. praeceptum in confessum, allein Nichts, was auf die Simulation eines vorgängigen Rechtsſtreits hindeutet, ſo daß das Ganze ſchon mehr den Charakter einer confessio per modum jurisdictionis voluntariae an ſich trägt. Nach Maaßgabe der Wahrnehmungen, welche die Geſchichte der ſtadtrechtlichen Guarentigia darbietet, ſollten wir daher das Formular des Durantis für älter halten [3]). Indeſſen ſind jene Formularien des Galeſius, gemäß der urſprünglichen Beſtimmung der Cameralobligation, nur

---

mis procurationum num. 21. Ed. Basil. 1563. Vol. I. pag. 211.

[1]) Galesius P. I. qu. 2. num. 2. fol. 350 b.

[2]) Er kennt auch dieſes und theilt es vollſtändig mit.

[3]) Womit auch Scaccia de judiciis Lib. I cap. LXII num. 17 übereinſtimmt.

auf das Verſprechen der Servitien für Verleihung geiſtlicher Pfründen gerichtet, wobei freilich die Simulation eines vorgängigen Rechtsſtreits durchaus unpaſſend geweſen wäre. Hierdurch wird die Entſcheidung über das Alter derſelben äußerſt unſicher. Leicht möglich iſt es übrigens, daß dieſe Formularien gleichzeitig mit dem des Durantis im Gebrauche waren: jene für den ſpeziellen Gebrauch der päpſtlichen Kammer, dieſes für den Gebrauch des Privatverkehrs.

Jene Formularien des Galeſius lauten, wie folgt:

I. Vos Domine N. Patriarcha, N. Archiepiscope, N. Episcope, vel N. Electe, de licentia et auctoritate Apost. vobis in hac parte concessa gratis et sponte offertis, dare promittitis et donatis pro vestro communi servitio Camerae Sanctissimi in Christo patris et Domini nostri D. G. Papae XI et sacro collegio ... Cardinalium, videlicet Florenos tot auri de Camera .. et quinque servitia consueta ..... Item recognoscitis eidem Camerae et collegio .. omnes illas pecuniarum quantitates, in quibus praedicta vestra ecclesia reperietur ... pro aliquorum praedeces-

sorum vestrorum personis obligata. Quos quidem Florenorum tot cum quinque servitiis et recognitis supradictis promittitis reddere et solvere realiter cum effectu in Rom. Curia, ubicunque fuerit, videlicet .. Dominis ... Camerariis, vel eorum successoribus aut deputatis ab eis, medietatem scilicet in festo N. et aliam medietatem in festo N., recognita vero in alio N. festo simili. Quod si dictis loco et terminis dictam florenorum summam et quinque servitia consueta et recognita supradicta non solvatis, ut est dictum, promittitis redire ad Romanam Curiam infra quatuor menses post elapsos terminos .. et coram dictis Dom. Camerariis ... personaliter comparere et inde non recedere, donec per vos fuerit de praedictis integraliter satisfactum. Super hoc obligatis vos et Ecclesiam vestram et successores vestros ac omnia bona Ecclesiae vestrae mobilia et immobilia, praesentia et futura, ubicunque sint et consistant. Et, ut sitis vinculo fortioris obligationis adstricti, submittitis vos et vestros successores jurisdictioni et coerctioni dictorum Dom. Camerariorum et cujuslibet eorundem in solidum ac etiam successorum suorum et depu-

Digitized by Google

tandorum̃ ab eis. Et de voluntate vestra, qui hoc vultis et petitis et hanc jurisdictionem in eos prorogatis, praefati Dom. Camerarii et quilibet eorum eandem jurisdictionem in se suscipientes et suscipiens in vos mandatum faciunt et praeceptum, ut de re confessa, de solvendo dictam florenorum summam et quinque servitia ac recognita supradicta et de reveniendo ad Romanam Curiam et de non recedendo ab ea absque satisfactione, et quod omnia et singula supradicta efficaciter compleatis et attendatis. Quod si non feceritis, suspensionem ab administratione spiritualium et temporalium dictae Ecclesiae et ab executione pontificalium, et majoris excommunicationis sententias ex nunc, prout ex tunc, in vos Canonica admonitione praemissa proferunt in his scriptis; comminantes nihilominus dicti Dom. Camerarii et quilibet eorum, se contra vos .. processuros absque alia vocatione seu monitione ad graviores poenas et sententias spirituales et temporales et aggravationes earum, prout eis seu eorum alteri placuerit et visum fuerit expedire; et quod vos denunciabunt seu denunciari facient per se vel alium vel alios ex-

Digitized by Google

communicatum, suspensum, perjurum et aliis poenis et sententiis adstrictum, quas propter hoc in vos duxerint proferendas. Et vos ... renunciatis super hoc omnibus literis, privilegiis, indulgentiis Apostolicis impetratis vel impetrandis .. et beneficio applicationis (leg. appellationis) et restitutionis in integrum ac omni foro, usui, praescriptioni et juri revocandi domum et omni auxilio juris Canonici et civilis, per quod contra praemissa de jure vel de facto venire possetis vel aliquod praemissorum. Et omnia praemissa et singula juratis ad sancta Dei evangelia tenere, servare, approbare et in contrarium non venire directe vel indirecte per vos aut alium seu alios. Si vero ante satisfactionem hujusmodi contingat vos (Dom. N. Patriarcham, N. Archiepisc.) mori, cedere vel transferri, et ille vel illi, qui ad regimen ipsius Ecclesiae vobis substitutus vel substituti fuerint, infra quatuor menses post substitutionem et dictae ecclesiae possessionem adeptam de praedictis florenis et servitiis ac recognitis satisfacere non curaverint, ex nunc, prout ex tunc, easdem poenas et sententias in eosdem substitutos et eorum quemlibet profe-

Digitized by Google

runt et infligunt in his scriptis. Prout dictum est et narratum auctoritate dictorum Dominor. Cardinalium et nostra proferimus in his scriptis. Et vos Dominum Patriarcham etc. petentem et requirentem ad praedicta recitata condemnamus. Et nihilominus monemus vos semel et secundo tertio et peremtorie et sub excommunicationis poena, ut praedicta adimpleatis attendatis et observetis. Alioquin excommunicationis sententiam in vos proferimus in his scriptis.

Et vos Domine Patriarcha, Archiepiscope etc. vultis, quod per nos Clericos vel Notarios Camerae, qui sumus hic praesentes, de praemissis omnibus et singulis fiant unum vel plura publica instrumenta.

II. Das zweite Formular ſtimmt hiermit wörtlich überein, nur daß es nicht an den Verpflichteten ſelbſt, ſondern an einen Bevollmächtigten deſſelben gerichtet iſt:

Vos Domine vel Magister talis, Procurator Domini N. Patriarchae, Archiepiscopi etc., in personam Domini vestri, a quo plenam potesta-

Digitized by Google

tem et speciale mandatum ad omnia et singula infrascripta peragenda habetis, prout legitime constat, de licentia et auctoritate apostolica ipsi Domino vestro et vobis in personam sui et pro eo in hac parte concessa gratis et sponte nomine dicti Domini Episcopi offertis dare, promittitis et donatis pro communi servitio dicti Domini vestri ... videlicet tot florenorum auri u. ſ. w. wie oben.

§ 3.

Alle bisher mitgetheilten Formularien entſprechen nach Form und Inhalt ſo ſehr den Erforderniſſen der ſtadtrechtlichen Guarentigia, daß die älteren Canoniſten ſelbſt annahmen, die obligatio cameralis enthalte das pactum guarentigiae [1]). Ja es iſt die Idee, welche der Guarentigia zu Grunde liegt, in der Cameralobligation offenbar noch konſequenter durchgeführt, als in den guarentigiirten Urkunden: inſofern ſich nehmlich die Formel der Cameralobligation nicht auf einen einfachen Zahlungsbefehl, wie das prae-

[1]) Galesius P. I qu. 2. num. 13. 14. fol. 351 b. — Vgl. Scaccia l. c. num. 22.

ceptum guarentigiae war [2]), beschränkt, sondern zugleich strenge Exekution androht, und das den geistlichen Gerichten eigenthümliche Exekutionsmittel durch Beifügung der eventuellen Exkommunikationssentenz so zubereitet, daß der Gläubiger davon nach Ablauf der Zahlungsfrist den unmittelbarsten Gebrauch machen könne.

Diese Form der Cameralobligation, welche man zum Unterschiede von der später aufgekommenen die obligatio cum susceptione censurarum et mandati executivi nannte, scheint bis um die Zeit des Kostnitzer Konzils (1414—1418) ohne namhafte Anfechtung gebraucht worden zu seyn. Damals aber wurde sie, wie Galesius berichtet [3]), von einem gewissen Nicolaus de Clamengiis in einer Schrift de annatis non solvendis heftig angegriffen; ob wegen der Unhaltbarkeit ihrer rechtlichen Grundlage oder wegen des Mißbrauchs der Exkommunikation, wird nicht gesagt. Galesius erklärt diesen Nicolaus zwar für einen unwissenden, abgeschmackten und dummen

---

[2]) Vgl. oben S. 168.

[3]) Galesius l. c. num. 3. in f. fol. 351.

Digitized by Google

Menſchen und behauptet, die obligatio cum susceptione censurarum et mandati executivi ſey damals ſchon nicht mehr im Gebrauch geweſen; er hat aber in beiden Beziehungen Unrecht. Daß dieſe Form der obligatio cameralis ſelbſt noch zur Zeit des Galeſius nicht gänzlich außer Gebrauch gekommen war, geht aus dem eigenen Traktat deſſelben hervor [4]); und von Nicolaus de Clamengiis finden ſich in der Lyoner Traktatenſammlung von 1549 [5]) einige kleine Schriften, welche weder einen ungelehrten, noch abgeſchmackten, noch dummen Verfaſſer verrathen. Uebrigens war die Anfechtung der alten Cameralobligation, wenn man ſie auch nur vom juriſtiſchen Geſichtspunkt betrachtet, wahrlich nicht ſchwer und iſt gewiß vor und nach Nicolaus de Clamengiis, wenn auch nicht in beſondern Schriften, doch vor Gericht, oft genug vorgekommen [6]). Die Aufdeckung

---

[4]) Galesius P. I qu. 3. ad partic. III. obligationis. num. 7. fol. 354; — Idem P. III partic. 2 § 3. num. 56. 57. fol. 363 b und öfter.

[5]) Vol. V. fol. 120—122.

[6]) Vgl. Galesius P. I. qu. 2. num. 7. num 15. fol. 351 b.

Digitized by Google

solcher Blösen durfte nur einmal öffentlich geschehen und sie war ihres Erfolges gewiß [7]).

§ 4.

Um nun den Bedenken, welche sich gegen die alte Cameralobligation erhoben hatten, auszuweichen, erfand man eine neue Formel, welche zur Zeit des Galesius die gewöhnliche war und sich von der älteren dadurch wesentlich unterschied, daß man die confessio judicialis und das mandatum executivum nicht sofort in die Vertragsurkunde aufnahm [1]), auch nicht alsbald nach deren Errichtung und vor Ablauf der im Vertrage bedungenen Zahlungsfrist durch einen besonderen Akt beifügte [2]), sondern in der Vertragsurkunde selbst einem oder mehreren, ja unbestimmt allen gegenwärtigen und zukünftigen Prokuratoren Spezialvollmacht ertheilte, nach eingetretener Verfallzeit im Namen des Schuldners auf Anrufen des Gläubigers vor Gericht zu erscheinen, die confessio

[7]) Zumal um die Zeit des Kostnitzer Konzils, auf welchem die Abgabe der Annaten so heftig bestritten wurde.

[1]) Wie in den alten Formularien des Galesius.

[2]) Wie in dem Formular des Durantis.

Digitized by Google

abzulegen und das praeceptum de solvendo executivum entgegen zu nehmen.

Auch in dieſer Form hatte man daher die urſprüngliche Grundlage des Inſtituts der exekutoriſchen Urkunden nicht verlaſſen [3]), ſondern nur die gewaltſame Fiktion eines Rechtsſtreits über unbeſtrittene Rechtsverhältniſſe vermieden.

Das Formular dieſer neueren Cameralobligation gibt Galeſius [4]) folgendermaaßen:

Pro quibus omnibus et singulis tenendis, complendis et inviolabiliter observandis idem A. debitor se ipsum et suos in posterum heredes et successores ac omnia et singula sua ... bona mobilia et immobilia ... dicto B. praesenti ... obligavit et hypothecavit.

Ac etiam Curiae causarum Camerae D. N. Papae ejusque Camerarii, Vicecamerarii, Auditoris, Viceauditoris, Regentis, Locumtenentis et Commissarii ac omnium et singularum aliarum curiarum ecclessiasticarum et secularium ubilibet constitutarum jurisdictionibus, rigoribus, stylis et meris examinibus supposuit et submisit.

---

[3]) Galesius P. I. qu. 2. num. 11. 12. fol. 351 b.

[4]) In prooem. num. 4. fol. 349 b.

Digitized by Google

Per quas quidem curias et earum quamlibet in solidum, tam conjunctim quam divisim, voluit et expresse consensit, se et suos praedictos (sc. successores) posse et debere cogi, compelli, constringi, moneri et excommunicari, aggravari, reaggravari, et ad brachium seculare deponi, arrestari, incarcerari et detineri uno et eodem tempore vel diversis temporibus ... usque ad plenariam solutionem praedictorum mille ducatorum auri ac omnium et singulorum damnorum interesse et expensarum praedictarum ... refectionem et restitutionem: ita tamen, quod executio unius Curiae executionem alterius non impediat nec retardet, jure dicente, quod ubi judicium incoeptum est, ibidem finem accipere debet, et qualibet alia juris et facti exceptione contrarium faciente non obstante. Renunciavit insuper idem A. omni et cuilibet exceptioni doli mali, vis, metus, fraudis, laesionis, et machinationis, et mille ducatorum .. non mutuatorum .. et non numeratorum ... omnibusque aliis et singulis exceptionibus, cavillationibus et cautelis, quibus mediantibus contra promissa ipse A. debitor facere, dicere, venire aut se tueri posset: et specialiter

Digitized by Google

juri dicenti generalem renunciationem non valere, nisi praecesserit specialis et expressa. Et ibidem statim et in continenti idem A. debitor pro majori cautela, tutiori securitate dicti B, creditoris, gratis et sponte omnibus melioribus modo, via, jure, causa et forma, quibus melius et efficacius potuit et debuit, fecit, constituit, creavit et solenniter ordinavit suos veros, certos, legitimos et indubitatos Procuratores, Actores, Factores, negotiorumque suorum infrascriptorum gestores ac nuntios speciales et generales, ita tamen, quod specialitas generalitati non deroget neque contra, videlicet providos et discretos viros Dominos N. et N., Romanae Curiae causarum procuratores, et N. et N., ejusdem Curiae Ca. apostolicae notarios, omnesque alios et singulos dominos Procuratores et Notarios, qui nunc sunt et pro tempore futuro erunt in Rom. curia, quorum nomina et cognomina habere voluit pro expressis, absentes tamquam praesentes et quemlibet eorum in solidum, ita tamen, quod non sit melior conditio primitus occupantis nec deterior subsequentis, sed quod unus eorum inceperit, alter eorum prosequi, terminare, mediare valeat et

Digitized by Google

finire ac ad effectum debitum et finem perducere, — scilicet specialiter et expresse ad ipsius Domini constituentis nomine et pro eo omni tempore et diebus feriatis et non feriatis in termino solutionis praedictorum mille ducatorum auri et post ipsum terminum et quotiens praedicto B. creditori ac suis videbitur et placuerit coram praedicto Camerario, Vicecam. Auditore, Viceauditore, Regente, Locumtenente, Commissario, ejusdem et aliarum curiarum praedictarum officialibus, judicibus seu eorum locumtenentibus comparendum ac ipsum debitum mille ducatorum auri vel partem ipsius semel et pluries confitendum et recognoscendum et ad petendum audiendum et accipiendum dicti Dom. constituentis nomine omne praeceptum omnemque monitionem, condemnationem sententiam atque mandatum, quae quod et quos praefati Domini Camerarius, Vicecamerarius, Auditor et alii judices et officiales seu ipsorum locumtenentes et eorum quilibet contra praedictum Dominum constituentem ejusque haeredes et successores ac bona praedicta facere

Digitized by Google

et promulgare voluerint seu voluerit et eis sponte acquiescendum; nec non submittendum et resubmittendum propterea ipsum dominum constituentem pro praemissis firmiter observandis jurisdictioni curiarum praedictarum et cujuslibet earum; ac ad volendum, consentiendum, quod ipsi Dom. Camerarius, Vicecamerarius, Auditor, Viceauditor, Regens, Locumtenens, Commissarius et alii judices et officiales praedicti in ipsum A. debitorem constituentem excommunicationis sententiam ferant', proferant, promulgent, aggravent, reaggravent, aliosque processus reales et personales gerant et faciant, quos voluerint et dicto creditori B. placuerit et visum fuerit expedire, quousque de dicto debito mille ducatorum et expensarum praedictarum sibi fuerit plenarie et integre ac realiter satisfactum juxta praesentis publici instrumenti seriem et tenorem; et generaliter omnia et singula faciendum, dicendum, gerendum, exercendum et procurandum, quae in praemissis et circa ea necessaria fuerint seu etiam quomodo libet opportuna: promittens mihi Notario publico infrascripto, ut communi et publicae personae, praesenti, stipulanti et recipienti

Digitized by Google

vice et nomine omnium et singulorum, quorum interest, intererit et interesse poterit quomodo libet in futurum, se omni tempore ratum gratum et firmum perpetuo habiturum totum id et quidquid per dictos procuratores suos constitutos et eorum quemlibet actum, dictum, factum, gestumve fuerit in praemissis seu alias quomodo libet procuratum, relevans nihilominus et relevatos esse volens eosdem procuratores et quemlibet ipsorum ab omni onere satisdandi judicio sisti et judicatum solvi cum suis clausulis necessariis et opportunis sub expressa hypotheca et obligatione omnium et singulorum bonorum mobilium et immobilium praesentium et futurorum quorumcunque ac sub omni juris et facti renuntiatione ad haec necessaria pariter et cautela.

Et praemissa omnia et singula praesenti publico instrumento contenta tenere, attendere, complere et inviolabiliter observare contraque ea seu eorum aliqua non facere, dicere vel venire de jure vel de facto, quovis quaesito colore: dictosque procuratores suos constitutos aut eorum aliquem, quousque praefato B. creditori de dicta summa mille ducatorum auri una cum damnis, ex-

Digitized by Google

pensis et interesse praedictis realiter plenarie et integre satisfecerit et praemissa omnia et singula observaverit et adimpleverit, non revocare seu revocari facere promisit et convenit ac ad et super sancta Dei Evangelia scriptis sacrosanctis per eundem corporaliter sponte tactis juravit. De et super quibus etc. [5])

Dieſe Formel blieb von nun an ohne weſentliche Abänderung im Gebrauche [6]).

Sie wurde — in ähnlicher Weiſe wie die clausula guarentigiae — eine ſo alltägliche Gewohnheitsformel, daß man ſich bald auch damit begnügte, ſie in den Vertragsinſtrumenten nicht vollſtändig einzurücken, ſondern als eine bekannte Exekutivklauſel blos zu allegiren [7]); z. B.:

---

[5]) Ein vollkommen ähnliches Formular enthält das formularium contractuum secundum stylum potissime Florentinum. Flor. 1577. 8. pag. 402—409.

[6]) Im Jahr 1570 verbot Pius V. die generelle Bevollmächtigung ad confitendum, indem er verordnete, daß nur ſolche Anwälte ad confitendum zugelaſſen werden ſollten, welche in der Obligation namentlich genannt ſind und dieſen Auftrag ausdrücklich angenommen haben; ſ. Scaccia de jud. Lib. I cap. LXII. num. 17. Ed. Frcf. 1669. pag. 166.

[7]) Seitdem nannte man die Obligation mit der voll-

Pro quibus omnibus et singulis tenendis complendis et inviolabiliter observandis dictus Dominus N. se ipsum suosque haeredes et successores quoscunque ac sua et illorum bona omnia praesentia et futura in ampliori forma camerae apostolicae cum promissionibus, submissionibus, renunciationibus, poenis, clausulis et cautelis in eadem obligatione in amplori forma apponi et extendi solitis et consuetis latissime juxta stilum curiae Rom. Domini Auditoris ejusdem camerae quandocunque extendendis obligavit et hypothecavit, renunciando cuicunque appellationi, reclamationi et recursui, per quem exequutio hujusmodi instrumenti retardari seu quomodolibet suspendi posset, et ita tactis corporaliter scripturis sacrosanctis ad sancta Dei Evangelia juravit [8]).

Oder nach dem von Galesius mitgetheilten Formular:

Pro quibus sic adimplendis et observandis obligo me in ampliori forma Camerae Apostolicae

ständigen Formel obligatio in ampliori forma, im Gegensatze zu dieser Abkürzung.

[8]) Aus dem in Note 5 angeführten Formularium contractuum. pag. 409.

consueta, cum juramento, (prout ex nunc per Deum vel per Sancta Evangelia juro,) constitutione procuratorum et aliis clausulis in similibus obligationibus poni consuetis, et volo, quod desuper etiam me aliter non citato per quemcunque notarium publicum obligationis hujusmodi instrumentum secundum consuetum notariorum Romanae Curiae in similibus stilum extendi possit [9]).

Daß die obligatio cameralis in der älteren Form (cum susceptione censurarum et mandati executivi) nur in öffentlichen Urkunden eingegangen werden konnte, verſteht ſich von ſelbſt. Die ſpätere Form dieſer Obligation aber (cum constitutione procuratorum ad confitendum, ſowohl in ampliori als in minori forma), ließ den Gebrauch von Privaturkunden ſehr wohl zu; und dieſer war denn auch zur Zeit des Galeſius ſchon etwas ganz Alltägliches geworden [10]).

[9]) Galesius P. III. partic. 1 § 2. num. 18. fol. 358 b.

[10]) Idem l. c. num. 1. fol. 358: cum . . . quotidie in usu habeamus, quod datur executio virtute privatarum scripturarum, in quibus debitores dicunt se obligari in forma Camerae.

Digitized by Google

Schriftliche Urkunden waren immer erfoderlich [11]). Dazu aber, daß man der schriftlichen Urkunde als solcher, auch wenn sie die Exekutivklausel nicht enthielt, ein exekutorisches Recht einräumte, ist es niemals gekommen, weil das Institut der exekutorischen Cameralobligationen unter dem Einflusse der Gesetzgebung, wie das Institut der guarentigiirten Urkunden, durchaus nicht gestanden ist.

§ 5.

Wie sich aus der materiellen Grundlage der exekutorischen Wirksamkeit der guarentigiirten Urkunden stadtrechtlichen Styls nach einer bestimmten Konsequenz allmählich das System der Prozeßrechte der Parteien und der Prozeßformen entwickelt hat, so mußte sich auch in den Erscheinungen, welche das Verfahren der geistlichen Gerichte aus der Cameralobligation charakterisiren, wesentlich dasselbe wiederholen, was wir bereits im vorigen Kapitel kennen gelernt haben. Diese Gleichförmigkeit war noch besonders gefördert

---

[11]) Idem l. c. num. 4. fol. 358.

Digitized by Google

durch das Vorhandenſeyn einer bis ins kleinſte Detail ausgebildeten, auf der Autorität der angeſehenſten Lehrer des gemeinen Rechts beruhenden Doktrin. Auch in dem ausführlichen Traktat des Galeſius wird daher faſt jeder Satz mit den Ausſprüchen der bekannten Schriftſteller über die Guarentigia begründet, beſonders des Bartolus, Baldus, Antonius de Canario und Benedictus de Barzis [1]).

Inſofern jedoch die verſchiedenen Formen der Cameralobligation, welche nach und nach in Gebrauch kamen, nach dem Wortlaute ihrer Klauſeln in mehreren Punkten ſowohl untereinander als auch von der clausula guarentigiae abwichen, mußten allerdings auch im Verfahren manche — wenn auch unweſentliche — Abweichungen zum Vorſchein kommen. Immer zwar blieb die

---

[1]) Auch Cinus, Buttrigarius, Tartagnus, Paulus de Castro, Ludovicus Pontanus, Felinus (geb. 1444, geſt. 1503.), Socinus, Fulgoſius, Salicetus, Johannes von Imola und überhaupt faſt alle Schriftſteller, welche irgend etwas über die Guarentigia geſchrieben hatten, werden ſehr fleißig angeführt.

Digitized by Google

Absicht auf schleunige exekutive Beitreibung, nicht auf materielle Würdigung, der versprochenen Leistung gerichtet; aber um diese Absicht formell zu verwirklichen, war in den meisten Fällen ein mehr oder weniger kompliziertes vorbereitendes Verfahren nöthig.

I. Nur die nach altem Styl cum susceptione censurarum et mandati executivi errichtete Cameralobligation konnte regelmäßig unmittelbare Exekution nach sich ziehen [2]).

II. Bei der jüngeren, zur Zeit des Galesius

---

[2]) Galesius P. III. partic. 2 § 3. num. 56. fol. 363 b: Si obligatio facta sit cum susceptione censurarum et mandati executivi . . . tunc dato ejus instrumento authentico et liquido (et, si per alium notarium quam per illum, qui futurus est actuarius, sit rogatum, recognito) non requiritur alia citatio (nisi in ipsa obligatione, prout multi dum se obligant poni volunt, dictum fuerit, quod debeat procedi citatione praemissa), sed immediate creditor petit obtinetque extrahi et sibi dari instrumentum censurarum et mandati executivi. Attamen ex urbanitate interdum pro rerum et personarum qualitate judex mandat citari debitorem ad satisfaciendum alias videndum extrahi et concedi censuras et mandatum executivum.

Digitized by Google

vorherrschenden Form der Cameralobligation war ein solches unmittelbares Einschreiten gar nicht beabsichtigt. Hier waren also vorbereitende Verhandlungen immer nothwendig.

Um nun zu erkennen, wie sich auch in dem Verfahren aus Cameralobligationen alle wesentlichen Momente des Exekutivverfahrens aus guarentigiirten Urkunden so wie des heutigen Exekutivprozesses wiederfinden, müssen wir dasselbe nach seinen Hauptbestandtheilen etwas näher betrachten:

A. Die Klage, zu deren Begründung die Vorlage der Originalurkunde nothwendig gehört [3]), konnte in allen Fällen entweder vor dem Auditor Camerae, welcher vermöge ausdrücklicher Verleihung in seiner Bestallungsurkunde vorzugsweise als legitimus et ordinarius executor obligationum in forma camerae galt [4]), oder vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Verpflichteten geistlichen Standes, gegen Laien aber auch vor jedem

[3]) Galesius P. III. partic. 1 § 1. fol. 358.

[4]) Galesius P. II. qu. ad secundam partem obligat. § 1. num. 2. 3. et 5. fol. 353.

anderen geistlichen Gerichte nach Gutfinden des Klägers angebracht werden, wobei nicht einmal die persönliche Anwesenheit des Beklagten am Orte des Gerichts erfodert wurde [5]).

B. Auf eingebrachte Klage trat je nach Beschaffenheit der zu vollstreckenden Urkunden ein verschiedenes Verfahren ein. In allen Fällen zwar mußte dem eigentlichen Exekutionsverfahren ein besonderes Confessionsverfahren vorhergehen; aber selbst vor der Confession waren in manchen Fällen noch andere präparatorische Verhandlungen nöthig.

War nun

1. aus einer öffentlichen, mit allen hergebrachten Klauseln versehenen (in extenso, in ampliori forma), an sich liquiden Urkunde vor dem nehmlichen Richter geklagt worden, dessen Notar die Urkunde ausgefertigt hatte [6]), so wurde

---

[5]) Galesius l. c. num. 1—8. — Idem P. III. partic. 3. § 3. num. 3. fol. 362.

[6]) So daß also über die Aechtheit und Glaubwürdigkeit dieser Urkunde vor diesem Richter kein Zweifel entstehen konnte.

Digitized by Google

das Confeſſionsverfahren ſofort durch Anberaumung eines Termins ad confitendum eingeleitet [7]).

Zu dieſem Termine brauchte eigentlich nach Maaßgabe der Klauſeln in der Obligation der Beklagte gar nicht perſönlich geladen zu werden [8]), vielmehr war der Kläger befugt, im Confeſſionstermin ohneweiters durch einen der in der Obligation beſtellten Prokuratoren die confessio Namens des Beklagten ablegen zu laſſen, womit das Confeſſionsverfahren geſchloſſen war, ſo daß ſogleich zur Eröffnung des Exekutionsverfahrens übergegangen werden konnte.

Allein ſchon zur Zeit des Galeſius durfte dieſe einfache Procedur nur gegen ſolche Schuldner ſtattfinden, welche zur Zeit des Prozeſſes vom Orte des Gerichts abweſend waren [9]), worüber die eidliche Verſicherung des Klägers als hinreichender Beweis galt. Im entgegengeſetzten Falle war vermöge einer ausdrücklichen Vorſchrift

---

[7]) Galesius P. III. partic. 3. § 1. num. 1. fol. 360 b. poterit illico processus inchoari etc. — Idem P. III. partic. 3. § 3. fol. 362.

[8]) Galesius P. III. partic. 2. § 3. num. 3. fol. 362.

[9]) Ibid. num. 3. et 5.

Gregors XI (erneuert von Nicolaus V) die persönliche Ladung des Beklagten zum Confessionstermine nothwendig [10]). Die Ladung verlautete: ad satisfaciendum, alias ad confitendum seu videndum per aliquem ex procuratoribus per eum constitutis confiteri debitum et se excommunicari [11]).

Erschien nun der Beklagte nicht, so wurde die confessio auf Kontumazialanrufen des Klägers durch einen Prokurator des Beklagten abgelegt [12]).

War jedoch der Beklagte im Confessionstermin erschienen, (was ihm ohne Zweifel auch dann

---

[10]) Ibid. num. 4.

[11]) Ibid. num. 2.

[12]) Galesius num. 5. l. c.: creditor . . petit et obtinet per unumquemlibet ex procuratoribus in mandato comprehensis confiteri debitum et ipsum principalem debitorem ob talem causam jurisdictioni et compulsioni ac mero examini ejusdem judicis et suae curiae submitti per eundem judicem mandari; et cum procurator ejusmodi mandato obediendo inspecto instrumento debitum confessus fuerit ipsumque debitorem jurisdictioni compulsioni et coërctioni ejusdem judicis submiserit et supposuerit, judex deinde creditore ita petente in summa vel in re alia confessata debitorem excommunicat etc.

Digitized by Google

geſtattet war, wenn er nicht perſönlich vorgeladen worden,) und glaubte er gegen die Klage rechtmäßige Einwendungen zu haben, welche entweder ſofort klar [13]) oder wenigſtens in continenti, d. h. binnen drei Tagen, erweislich waren [14]), ſo konnte er ſich dem Confeſſionsverfahren widerſetzen. Im erſten Falle war er von Ablegung der confessio, je nach Beſchaffenheit der Einrede zur Zeit oder ſchlechthin, befreit; im zweiten Falle wurde die confessio zwar im Confeſſionstermin noch abgelegt, jedoch mit Vorbehalt des binnen drei Tagen zu liefernden Beweiſes der Einrede [15]).

---

[13]) Zu den liquiden Einreden gehörten beſonders alle diejenigen, welche ſich aus dem Inhalte und der Form der Schuldurkunde ſelbſt ergeben und diejenigen, welche die Beweislaſt auf den Kläger wälzen.

[14]) Vgl. das Citat der folgenden Note.

[15]) Galesius P. II. qu. 1. ad IV. partic. vel clausul. obligationis cam. num. 17—19. fol. 354 b, 355. »Nam citatur . . debitor ad confitendum debitum, in cujus citationis termino potest, si habet, proponere exceptionem vel evidentem vel in continenti probabilem. Quod si non fiat, proceditur quidem ad confessionem debiti . . . non tamen simpliciter, sed sub illa conditione, nisi infra tres dies satisfecerit aut probaverit, quam ob rem non teneatur amplius satisfacere.«

Digitized by Google

In Beziehung auf die Frage, welche Einreden an ſich zuläſſig ſeyen, galt zwar der Theorie nach die Regel, daß auch gegen Cameralobligationen keine andere Einrede als falsitatis, quietationis (pacti de non petendo) et solutionis vorgeſchützt werden könne [16]; die Praxis aber geſtattete bald ſo viele Ausnahmen, daß man endlich alle in continenti erweislichen Einreden für zuläſſig erachten mußte [17]. An Kontroverſen über dieſen Punkt konnte es freilich um ſo weniger fehlen, als die in der Cameralobligation enthaltene eidliche Bekräftigung der ausgedehnteſten Verzichtleiſtung auf alle möglichen Einwendungen gegen die Zuläſſigkeit jeder einzelnen Einrede nothwendig Zweifel erregen mußte. Aber auch dieſen Zweifeln ſuchte man durch allerlei wunderliche Wendungen zu entgehen [18].

Das Verfahren über die vorgeſchützten Ein-

---

[16]) Galesius l. c. num. 1. fol. 354 b. vgl. oben Kap. II. § 15. S. 144.

[17]) Galesius P. II. qu. 1. 2. 3. ad. IV. partic. oblig. fol. 354 b — 356 b.

[18]) Galesius l. c. qu. 4. fol. 356.

Digitized by Google

reden war übrigens höchſt ſummariſch. Die Frage über die Zuläſſigkeit wurde im Confeſſionstermin bis zum Ende verhandelt. Litiscontestation fand nicht Statt [19]). Ueberhaupt ließ man ſich von der Bahn des Exekutionsprozeſſes nicht abbringen. Der Richter wurde daher auch im Falle vorgeſchützter Einreden nicht als erkennender, ſondern als exequirender betrachtet. Durchaus erſchienen die Einreden des Beklagten als ſolche, welche in der Exekutionsinſtanz vorgebracht wurden. Der richterliche Ausſpruch über die Zuläſſigkeit der vorgeſchützten Einreden erfolgte nicht ausdrücklich, ſondern implicite und als ein Ausfluß der Thätigkeit des Richters als Exekutor; indem derſelbe, jenachdem er die vorgeſchützten Einreden für zuläſſig oder unzuläſſig, für liquid oder nicht liquid erachtete, entweder die Fortſetzung oder die Einſtellung des Confeſſions- und Exekutions-Verfahrens, bald bedingt, bald unbedingt, anordnete [20]).

---

[19]) Galesius P. III. part. 1. § 2. num. 4. fol. 358.

[20]) Galesius P. III. partic. 2 § 3. num. 1—7. fol. 362. mit § 2. num. 13. sqq. fol. 361 b und P. II. qu. 1. ad IV. particul. oblig. num. 17. sqq. fol. 355.

Digitized by Google

2. War die übrigens mit allen oben (Num. 1) bezeichneten Eigenschaften versehene Urkunde von einem auswärtigen Notar ausgefertigt, so mußte dem Confessionsverfahren die Rekognition der Urkunde vorhergehen [21]).

3. Enthielt die Urkunde, welche vollstreckt werden sollte, die Formel der oblig. cam. nicht in extenso, sondern nur die Klausel: obligo me in forma camerae oder eine ähnliche, so mußte vor allem ein Termin zur Produktion und Extension des Instruments angesetzt werden. Der Beklagte wird ad dicendum contra instrumentum productum videndumque jurare testes super illius recognitione [22]) ac etiam ad videndum per judicem mandari extendi obligationem in forma

---

[21]) Galesius P. III. partic. 2 § 3. num. 1: si instrumentum aliunde adferatur, hoc est, si publicatum per alium, quam per notarium judicis, coram quo fuerit procedendum, servato termino ad dicendum contra ipsum instrumentum et illius recognitione praemissa deveniendum est ad executionem, cujus principium a debiti confessione sumendum est.

[22]) Dieß wohl nur in dem Falle, wenn die Urkunde von einem auswärtigen Notar errichtet oder eine Privaturkunde war.

Digitized by Google

camerae in ipso instrumento contentam citirt. Erſt nach erfolgter Extenſion kann das Confeſſions-Verfahren eintreten [23]).

4. Iſt das in forma camerae ausgefertigte Inſtrument in Beziehung auf den Gegenſtand und Betrag der Forderung nicht vollkommen klar und beſtimmt (instrumentum non liquidum), ſo muß dem Confeſſionsverfahren vorerſt ein Liquidationsverfahren vorhergehen. Dieſes war unbeſtimmt ſummariſch, ohne Beſchränkung in der Wahl der Beweismittel, nicht gebunden an die engen Friſten des eigentlichen Exekutivverfahrens [24]).

---

[23]) Galesius P. III. partic. 2 § 1. num. 2. fol. 350 b.

[24]) Galesius l. c. § 2. (num. 1.): liquidum accipitur pro claro et certo . . . Itaque liquidum instrumentum intelligendum est clarum et certum: liquidatio vero et liquidare intelligimus esse actus et probationes, quibus mediantibus de incerto et obscuro fiat certum et clarum. (Num. 3:) Negotium liquidationis . . non habet privilegium executivum, sed recipit omnes legitimas ordinarii judicii exceptiones. (Num. 4:) Quod autem fieri possit per omne genus probationis et sic per confessiones, testes, jusjurandum, instrumenta etc. (Num. 5:) Non tamen requiritur libellus, litis contestatio vel alius ordo judiciarius, sed proceditur summarie.

Digitized by Google

Der Theorie nach war es ſtreitig, ob das Liquidationsverfahren mit einem förmlichen Erkenntniß geſchloſſen werden müſſe, was von den Meiſten bejaht wurde; nach der Praxis der geiſtlichen Gerichte aber ſprach ſich der Richter über die Liquidität nur brevi manu aus, indem er nach vollführten Beweiſen durch ein ſimples Präceptum zu Folge der in der obligatio cameralis liegenden Vollmacht ad confitendum diejenige Summe, welche er für liquid erkannte, durch einen Prokurator confitiren ließ [25]), wodurch ſodann der Uebergang zum eigentlichen Exekutionsverfahren von ſelbſt gegeben war.

5. Privaturkunden mußten, ehe das gewöhnliche Exekutiv-Verfahren eintreten konnte, vorerſt rekognoscirt und publicirt, d. h. mit der Form öffentlicher Urkunden bekleidet, und, wenn ſie die Formel der Cameralobligation nicht in extenso enthielten, zugleich extendirt werden. Der Beklagte wurde in dieſem Falle ad comparendum videndumque jurare testes super recognitione apochae et videndum mandari extendi

[25]) Galesius l. c. num. 13. fol. 361 b.

et publicari instrumentum obligationis juxta formam camerae vorgeladen [26]).

Hierauf folgte das gewöhnliche Verfahren, wie aus öffentlichen Urkunden [27]).

§ 6.

Mit der wirklichen Vollſtreckung der Exekution wurde in allen vorſtehenden Fällen auf gleiche Weiſe dergeſtalt verfahren, daß dem Schuldner immer noch Gelegenheit blieb, durch Zahlung die harten Folgen der Exekution rechtzeitig abzuwenden.

Alle in Civilſachen überhaupt gebräuchlichen Zwangsmittel waren an ſich zuläſſig; allein die eigenthümliche Stellung der geiſtlichen Gerichte brachte es mit ſich, daß mit Androhung und Vollſtreckung der Exkommunikation, als dem vorzugsweiſe geiſtlichen Zwangsmittel, regelmäßig der Anfang gemacht, und erſt wenn dieſe erfolglos

---

[26]) Galesius P. III. part. 1 §. 2 num. 19 fol. 358 b.

[27]) Daher ſagt Galesius l. c. num. 1 fol. 358: »quod in ipso contractu non requiratur instrumentum publicum, sed bene requiratur in processu, ut ipsius obligationis vigore procedi possit ad executionem.«

blieb, zu anderen Zwangsmitteln übergegangen wurde.

Sobald nehmlich die confessio abgelegt war, erließ der Richter ein Zahlungsmandat mit Androhung der Exkommunikation, sofern der Schuldner nicht innerhalb drei Tagen den Gläubiger vollständig befriedigt [1]).

Nach fruchtlosem Ablaufe dieser drei Tage wird der Schuldner, welcher hiezu persönlich vorzuladen ist, wirklich exkommunizirt und das hierüber ausgefertigte Instrument förmlich publizirt [2]).

---

[1]) Galesius P. III partic. 2 § 3 num. 6 fol. 362: judex deinde creditore ita petente in summa vel in re alia confessata debitorem excommunicat atque ut excommunicatum publicari mandat, nisi infra tres proximos dies cum effectu satisfecerit.

[2]) Galesius l. c. num. 37 fol. 363. Praeteritis ergo tribus illis diebus ... citato debitore ad videndum et audiendum se declarari esse excommunicatum et litteras declaratorias decerni, judex pronunciat sententiam et decernit litteras, nisi per totam illam vel interdum nisi per totam primam diem satisfecerit. Formula declarationis habet, illum ob non solutionem illius summae seu ob alterius rei non factum implementum esse excommunicatum seu suspensum vel interdictum publice denuntiandum et ab omnibus Christicolis vitandum

Digitized by Google

Aber auch jetzt noch wird der Exkommunikation weitere Folge nicht gegeben, wenn der Schuldner binnen 10 Tagen Zahlung leiſtet [3]). Nach Ablauf dieſer 10 Tage endlich treten die Folgen der Exkommunikation mit voller Strenge ein. Erſt jetzt alſo geſchieht die wirkliche Vollſtreckung der Exekution. Auf die Exkommunikation folgen die gewöhnlichen Exekutionsmittel, Beſchlagnahme der Güter und der Perſon des Schuldners, theils durch den geiſtlichen Richter unmittelbar, z. B. durch Beſchlagnahme der Einkünfte von Kirchenpfründen, theils mittelbar durch Requiſition der weltlichen Gewalt [4]).

---

fore. Hujus autem declaratoriae sententiae instrumentum (quas litteras appellant declaratorias) per actuarium extensum parti actrici traditum per Cursorem in albo consueto publicatur etc.

[3]) Galesius l. c. num. 39: . . et ab ea publicatione computantur dies decem, intra quas ad alios actus non proceditur habetque reus honestam satisfaciendi commoditatem.

[4]) Galesius l. c. num. 55. fol. 363 b: . . praeteritis a publicatione supradicta decem diebus uno eodemque contextu reus citatur ad videndum excommunicationem contra se fulminatam aggravari et reaggravari litterasque aggravatorias et reag-

Digitized by Google

Daß der Beklagte das Executivverfahren weder durch ein Rechtsmittel im engeren Sinne [5]), noch durch die, an ſich zuläſſige, Vorklage oder Wiederklage auf Nichtigkeitserklärung der obligatio [6]) aufhalten konnte, ergibt ſich aus dem Bisherigen eigentlich von ſelbſt. Dagegen konnte

---

gravatorias usque ad invocationem brachii secularis concerni et concedi: et ita in termino omnia simul decernuntur et conceduntur reproducta prius publicatione litterarum declaratoriarum: et super tali decreto conficitur instrumentum, cujus virtute postea proceditur ad realem executionem. (cf. num. 54. ibid.)

[5]) Galesius P. III. partic. 3. num. 6. seqq. fol. 364. »An ab hujus obligationis executione interposita appellatio aliquid operetur et quid? Articulus est satis disputatus per gl. et doctores, quorum disputationem non recito, quia in specie nostrae obligationis absolute loquendo non admittitur appellatio . . quod tamen declaro in hunc moduum, quod non liceat appellare ad finem et effectum impediendi executionem et ipsius executoris processum; sed quoad effectum et finem, ut sine impedimento et praejudicio excommunicationis ipsa causa appellationis devolvatur deferaturque ad superiorem, tenet appellatio etiam a mero executore.« etc.

[6]) Galesius P. III. partic. 1. §. 6. num. 26. fol. 360.

Digitized by Google

das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückgefodert werden.

---

r) Galesius P. III. partic. 3. num. 2. (»juxta vulgare dictum: solve et repete.«) num. 3. num. 4. fol. 363 b — 364.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Spanien.

§ 1.

Schriftsteller:

1. RODERICUS SUAREZ [1]) Lectura super L. post rem judicatam ff. de re judicata una cum declaratione legis regiae titulo: De las excepciones. l. fin. in ordinamentis regalibus.

   Ausgabe: Roderici Suarez opera omnia. Francof. 1594 f. [2]) pag. 491—589. (Besorgt durch Abraham Saur in Marburg und dessen Sohn, von welchen auch die lateinische Version des häufig vorkommenden spanischen Texts der Gesetze herrührt.)

---

[1]) Vgl. Belegst. S. 367.

[2]) Ziemlich incorrect. — Lipenius, Bibl. jur. Ed. Lips. 1757. T. I. p. 589, führt noch folgende Ausgaben der sämmtlichen Werke an: Salmant. 1556. Pinciae 1590. Duaci 1614. f.

Digitized by Google

Dieſe Schrift iſt am 1. Mai 1497 beendigt worden.

2. **ANTONIUS GOMEZ** [3]) **Commentarius ad leges Tauri**; — geſchrieben nicht lange vor 1552.

Ausgabe: Francof. 1591 f. [4]), beſorgt von Dr. Joh. Bapt. Caeſar, Syndicus in Frankfurt, von welchem auch die dieſer Ausgabe beigegebene, ziemlich brauchbare lateiniſche Ueberſetzung des ſpaniſchen Texts der Geſetze herzurühren ſcheint.

3. **DIDACUS COVARRUVIAS** [5]) **variarum ex jure pontificio, regio et caesareo resolutionum Lib. II Cap. XI: de executione instrumenti publici, quod conditionale est, vel liquidam quantitatem minime continet.** Geſchrieben im J. 1552.

---

[3]) Vgl. Belegſt. S. 381.

[4]) Nach Lipenius I. 593. auch Francof. 1617. f.

[5]) Vgl. Belegſt. S. 388. — Ueber die Berühmtheit des Covarruvias vgl. Arthur Duck de usu et authoritate jur. civ. Rom. Lugd. Bat. 1654. 8. Lib. II. cap. VI. § XXI. pag. 302. und Eſtor Anfangsgründe des Proceſſes. Frankf. 1756. Th. IV. S. 15.

Digitized by Google

Ausgaben:

a. Variarum resolutionum etc. Libri III [6]). Authore Didaco Covarruvias a Leyva. Ex ejusdem Authoris secunda recognitione. Salmanticae 1556. fol. 129—132;

b. Ejusd. opera omnia Francof. 1583 f. T. II fol. 71 [b] — 73;

c. Opera omn. Lugd. 1661 f. (cum notis Jo. Uffelii, Bruxellensis, in var. resolut.) T. II pag. 164—168 [7]).

4. JUAN YAÑEZ PARLADORJO [8]) rerum quotidianarum forensium Lib. II Cap. XXII: de executione instrumenti publici s. guarentigii et omnium fere, quae paratam executionem habent.

Ausgabe: Joannis Yañez Parladorii opera juridica. Lugd. 1678 f. pag. 109—202 [9]).

Schrieb bald nach Covarruvias.

---

[6]) Die späteren Ausgaben haben vier Bücher.

[7]) Noch andere Ausgaben s. bei Lipenius II, 71. und II, 103.

[8]) Vgl. Belegst. S. 392.

[9]) Andere Ausgaben s. bei Lipenius II, 105. und II, 241.

Digitized by Google

5. JOS. DE SESE tractatus de inhibitionibus et executionibus et executione privilegiata et guarentigia facienda ac eadem in vim exceptionum seu juris firmae retardanda. Francof. 1615 f. [10])

Geſchrieben um's Jahr 1600; ein ſchlechtes, auch für unſeren Zweck wenig brauchbares Werk.

6. FRANC. SALGADO DE SOMOZA labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam. P. I Cap. XVI: judicium concursus inter creditores partim agentes ex instrumentis exequibilibus partim illis carentes an totum reddatur executivum vel totum ordinaria via aut divisim aut seorsum peragendum.

Ausgabe: Lugd. 1672 f. pag. 139—149 [11]).

Schrieb um 1646 und citirt den Colerus de processibus executivis.

---

[10]) Nach Lipenius I, 470. auch Francof. 1661. f.

[11]) Nach Lipenius I, 105. auch Antw. 1653. f. und Francof. 1663 f.

Digitized by Google

§ 2.

Es wird zur schnelleren Uebersicht der nachfolgenden Mittheilungen dienlich seyn, einige kurze Notizen aus der Rechtsgeschichte Spaniens voran zu stellen. Vollständigkeit ist hier nicht nöthig, würde mir aber auch nicht möglich seyn. Keines unter den romanischen Völkern kann sich einer größeren Thätigkeit in der Gesetzgebung rühmen, als das spanische, besonders in der eigentlichen Landesgesetzgebung. Die Geschichte derselben ist aber noch nicht genügend bearbeitet [1]).

In Spanien war der Gebrauch des römischen Rechts zwar schon im VII Jahrhundert unter dem westgothischen König Chindaswind förmlich verboten [2]) und dadurch das Princip der persön-

---

[1]) Namentlich habe ich folgende Schriften unbefriedigend gefunden: Duck de usu et authoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum libri II. Londini 1653. — Lugd. Batav. 1654. — Gerardus Ernestus de Frankenau sacra themidis Hispanae arcana. Hannov. 1703. (Die ganze Schrift ist ein Plagiat; der wahre Verfasser ist der Spanier Juan Lucas Cortes.)

[2]) v. Savigny Gesch. d. R. R. Bd. II. Kap. VIII. § 27. S. 80.

Digitized by Google

lichen Rechte früher als anderwärts zerstört worden. Allein schon damals war in die westgothischen Gesetze selbst römisches Recht vielfach aufgenommen [3]).

Im XIII Jahrhundert unter Alphons X wurde sowohl der Unterricht als der Gebrauch des römischen Rechts wieder hergestellt, freilich nicht als eines persönlichen Rechts im früheren Sinne, sondern als eines gemeinen Subsidiarrechts im heutigen Sinne. Von diesem Könige wurde ein neues Gesetzbuch in spanischer Sprache gegeben, welches gewöhnlich unter dem Namen las leyes de las siete partidas, leges septem partitarum, angeführt wird und größtentheils römisches Recht enthält [4]).

---

[3]) v. Savigny a. a. O. § 24 ff. S. 67. ff.

[4]) v. Savigny a. a. O. S. 81. — Duck de usu et author. jur. civ. Ed. Lond. 1653. Lib. II. cap. 6. § 15. fol. 111. — Covarruvias var. resol. Lib. I. cap. 14. num. 5. (Ed. Salmant. 1556. fol. 59 b): »Ego tamen ejus opinionis sum, ut Regias constitutiones, quas Septempartitum opus complectitur, quoties earum verba patiantur, existimem ad jus Pontificium Caesareumque reducendas fore, ut ni-

Digitized by Google

Die einheimiſchen Geſetze verloren dadurch ihre Gültigkeit nur inſoweit, als ſie durch die entgegenſtehenden einzelnen Beſtimmungen der siete partidas oder durch die Gewohnheit des Nichtgebrauchs außer Wirkſamkeit geſetzt wurden. Dieß gilt namentlich von der altſpaniſchen Ueberſetzung der weſtgothiſchen Geſetze, welche unter dem Namen fuero juzgo, forus judicum [5]), lange Zeit praktiſches Recht geblieben ſind [6]).

---

hil utriusque juris constitutionibus adversum in eis statui existimemus: quandoquidem earum legum conditoris potissimus fuit scopus, in quem tantum opus ad Hispanae reipublicae utilitatem direxit, ex utriusque juris statutis constitutiones praedictas Hispano sermone deducere.«

[5]) Neueſte Ausgabe: Fuero Juzgo en Latin y Castellano cotejado con las mas antiguos y preciosos codices, por la Real Academia Española. Madrid por Ibarra 1815. fol. — Vorzügliche Schriften über denſelben: 1. Discurso sobre la legislacion de los wisigodos y formacion del Libro o fuero de los jueces y su version castellana, von Don Manuel de Lardizabal y Uribe, als Einleitung zur ebengenannten Ausgabe; — 2. Karl Türk über das weſtgothiſche Geſetzbuch, (als I. Heft von deſſen Forſchungen auf dem Gebiete der Geſchichte ꝛc.) Roſtock und Schwerin 1829.

[6]) Noch in den leyes de Toro vom J. 1505 wird die

Daneben entstanden auch Sammlungen der zahlreichen Partikularrechte einzelner Provinzen, Städte und Herrschaften.

Die nach Alphons X bis gegen das Ende des XV Jahrhunderts in großer Zahl erschienenen allgemein verbindlichen Gesetze, pragmaticae, werden gewöhnlich nach dem Orte bezeichnet, an welchem jedes einzelne erlassen wurde; z. B. lex Toletana, Taurina (d. h. von Toro), Madritia u. s. w. Größere Gesetzbücher scheinen in dieser Periode nicht vorzukommen.

Sehr reichhaltig an neuen Gesetzen aber war die Regierung des Königs Ferdinands V von Aragonien († 1516) und seiner Gemahlin Isabelle von Castilien († 1504). Von ihnen rühren außer vielen einzelnen Verordnungen namentlich drei größere Gesetze her: das ordenamiento de Toledo vom Jahr 1480, die Ordenanças de Ma-

---

Gültigkeit der Gesetze des fuero juzgo, so weit sie noch im Gebrauche waren, (en aquellas cosas, que se usaron,) ausdrücklich anerkannt, (Prooem. leg. Taur. Ed. Francof. 1591. pag. 2.) und selbst noch für die neueste Zeit wird dieses von Lardizabal (S. XLII. a. a. O.) nachgewiesen.

Digitized by Google

drid vom Jahr 1502 und die leyes de Toro vom Jahr 1505.

Das umfaſſendſte Geſetzgebungswerk endlich iſt die von Philipp II. am 14. Merz 1567 publizirte (nueva) recopilacion de las leyes destos Reynos [7]). Sie enthält das geſammte damals gültige ſpaniſche Landrecht, meiſt aus älteren Geſetzen beſtehend, welche theils in ihrer urſprünglichen wörtlichen Faſſung, theils mit den ſpäter hinzugekommenen Abänderungen mitgetheilt werden. Beſonders ſchätzenswerth iſt die überall beigefügte genaue Angabe: wann, wo und unter welcher Regierung jedes einzelne Geſetz erlaſſen und in der Folge etwa erneuert oder abgeändert worden iſt.

§ 3.

Das älteſte unzweifelhafte Zeugniß über die Exiſtenz des Inſtituts der exekutoriſchen Urkunden

[7]) Ich benütze die Ausgabe: Recopilacion de las leyes destos Reynos, hecha por mandato de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandato imprimer con las leyes que despues de la ultima impression se han publicado por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor. En Madrid. 1640. Drei Bände in folio mit Blattzahlen.

Digitized by Google

in Spanien iſt eine Verordnung vom 20. Mai [1]) 1396, welche König Heinrich III auf Anſuchen des Handelsſtandes, namentlich der Genueſiſchen Kaufleute, für die Stadt Sevilla erlaſſen hat, folgenden Inhalts [2]):

Don Enrique etc. a los Alcaldes etc. salud y gracia. Sepades, que los Consules de los Genovesos y otros mercaderes se me quexaron y dixeron, que ellos venden sus mercaderias y fazen sus contratos a Christianos y Moros y Judios por ciertas quantias de madris, que se obligavan de les dar y pagar por ellas a plazos ciertos y so ciertas penas, de lo qual les otorgan cartas y recaudos ante vos, los Alcaldes de la dicha ciudad, para que fagades execucion por ellos; y que los dichos deudores maliciosamente por les non pagar las dichas deudas los traen a pleytos

---

[1]) Nach Angabe der officiellen Recopilacion de las leyes destos Reynos hecha por . . . don Felipe II. En Madrid 1640. Lib. IV. tit. XXI. ley II. fol. 350. — Bei Suarez ſteht der 20. Merz.

[2]) Suarez pag. 514—515. Den weſentlichen, aber nicht wörtlichen Inhalt dieſes Geſetzes enthält auch die in der vorigen Note angeführte Stelle der Recopilacion Philipps II.

Digitized by Google

y contiendas allegando, que les han hecho paga dellas, o que han hecho avenencia con ellos o pacto o postura de no les demandar, o que gelo han quitado, o allegan otras qualesquier excepciones, de que dizen, que tienen los testigos en otros Reynos o en Hierusalem, non seyendo las pagas o excepciones puestas verdaderas, por la qual razon les fazen fazer grandes costas y se aluengan los pleytos. Pidieron me por merced, que, quando algunas personas allegassen pagas o excepciones, como dicho es, contra los tales recaudos, no se recibiessen, salvo si mostrassen luego por otra tal escriptura o tal alvala, que segun derecho deva ser recibida, o por testigos, que fuessen en el Arcobispado de Sevilla, o por confession de la parte. Yo viendo, que me pedian razon y derecho, tove lo por bien. Porque vos mando, que cada, que los dichos mercaderes o qualquier otra persona o personas vos mostraren carta o otros recaudos ciertos de obligaciones, que tengan contra qualesquier personas de las deudas, que les devieren: que las cumplades y llevedes a execucion seyendo passados los plazos de las pagas y no seyendo legitimas

Digitized by Google

las excepciones, y fagades entrega y execucion en los dichos deudores y en sus bienes por las deudas contenidas en las dichas cartas y recaudos de obligaciones, y entregueys y fagays pago a los dichos mercaderes o a quien los oviere de recaudar por ellos de las dichas sus deudas: y que no lo dexedes de assi fazer y cumplir por paga o excepcion, que los dichos deudores alleguen, salvo si mostraren luego sin alongamiento de malicia la paga o excepcion legitima por otra tal escriptura, como fuere la dicha deuda [3]), o por alvala tal, como dicho es, o por testigos, que sean en el Arcobispado de Sevilla, o por confession de la parte, como dicho es. Pero para provar esta paga o excepcion mi merced es, que nombren luego los testigos, quien son y donde son, y juren, que no traen malicia. Y si nombraren los testigos aquen de los puertos, que aya plazo de un mes para los traer; y si allende los puertos por todo el Reyno, que aya plazo

[3]) Vgl. Guido de Suzaria tr. de guar. num. 1.: »nec potest opponi nisi exceptio solutionis per aliud instrumentum guarentigiae.«

Digitized by Google

de dos meses; y si fueren fasta en Roma o en Paris o en Hierusalem, que aya plazo de seys meses. Pero es nuestra merced, que el, que allegare esta paga y qualquier otra excepcion, y dixere, que los testigos tiene fuera del dicho Arcobispado, segun dicho es, que pague luego el dicho mercader dando fiadores el mercader, que si el otro provare lo, que allega, que le torne lo, que assile pagare con el doblo por pena y nombre de interesse; y en caso, que no lo provare al dicho termino, que pague en pena otro tanto como lo, que pago, la qual pena sea la mitad para la obra de la yglesia mayor de Sevilla y la otra mitad para la puente de la dicha ciudad.

Dada en Sevilla a 20 de Mayo *) de mil y CCCXCVI.

Nach der lateiniſchen Verſion von Saur:

Don Henricus etc. Praetoribus etc. Salutem et gratiam. Sciatis, quod Consules Genuenses aliique mercatores mihi conquesti sunt et dixerunt, se vendere suas merces et contrahere cum Christianis, Mauris et Judaeis pro certa quanti-

*) Bei Suarez: Março.

tate Maravedis, quas se obligabant daturos et soluturos pro illis certis terminis et sub certis poenis, de quibus ipsis dabant literas et cautiones coram vobis Praetoribus dictae urbis, ut faciatis executionem pro ipsis [5]); et quod dicti debitores malitiose ut nimirum debita antedicta non persolvant, eos conjiciant in lites et controversias allegando, quod persolverint, aut quod cum ipsis transegerint aut pacti sint de non petendo, aut quod ipsos eo debito absolverint, vel alias quascunque exceptiones opponunt, et ejus rei se testes habere affirmant in aliis regnis vel Hierosolymis, cum tamen solutiones istae et exceptiones veritati non sint congruae: quare necessarium esse, ut impensis multis onerentur et lites in longum ducantur. Petierunt ergo a me, ut, si aliquae personae allegarent ejusmodi solutiones aut exceptiones, ut dictum est, contra antea datas cautiones, non reciperentur, nisi illico probarentur per aliud scriptum aut chirographum, quod de jure rejici non posset, aut per testes, qui sunt in Archiepiscopatu Hispalensi, aut per

[5]) Sc. pro literis et cautionibus.

Digitized by Google

confessionem partis adversae. Ergo cum viderem, justam esse illorum petitionem et rationi convenientem, assensi. Quapropter vobis injungo, ut, quicunque dictorum mercatorum aut quaecunque alia persona vel personae vobis ostendent instrumentum aut alias cautiones obligationum sufficientes, quas habent contra quascunque personas pro rebus sibi debitis, eas mandetis executioni, si tempus solutioni praefixum elapsum fuerit sique exceptiones non fuerint legitimae; et sit executio perfecta et integra [6]) in dictos debitores et ipsorum bona pro debitis in instrumentis et cautionibus contentis, et restitui et solvi curetis dictis mercatoribus aut illis, quibus ab iisdem mandatum est de dictis suis debitis recipiendis, et ne permittatis, ut ita pro solutione circumducant creditores exceptionibus, quas dicti debitores allegant, nisi confestim et absque mora

---

[6]) Y fagades entrega y execucion heißt wörtlich: et faciatis immissionem et executionem. — Entrega heißt nicht ſo viel als integra, ſondern ſo viel als missio in bona, und entſpricht dem mittelalterlichen tenuta, welches in den italieniſchen Statutarrechten ſo oft vorkommt.

Digitized by Google

ostendant et probent solutionem aut legitimam exceptionem per ejusmodi scripturam, sicut est dictum debitum, aut per chirographum tale, quale supra diximus, aut per testes, qui sint in Archiepiscopatu Hispalensi, aut per confessionem partis adversae, ut jam dictum est. Ad probandam autem istam solutionem et exceptionem, voluntas mea est, ut statim testes, quales sint et qui sint [7]), nominent, et juramentum calumniae praestent. Et si nominent testes citra portus, concedatur unius mensis spacium ad eos adducendos, et si ultra portus per universum regnum, concedantur duo menses; et si Romae vel Parisiis vel Hierosolymis fuerint, detur spacium sex mensium. Volumus autem, ut hujusmodi solutionem allegans vel exceptionem quamcunque opponens vel dicens (leg. *et* dicens), quod extra Archiepiscopatum habeat testes, ut jam dictum est, mox solvat illi mercatori, si mercator fideiussores dederit, se, si alter, quod allegavit, probaverit, restituturum ejus, quod antea solutum est, duplum pro poena et nomine interesse. Si vero contingat, ut prae-

[7]) y onde son wörtlich: et unde sunt.

fixo termino non probet, debitor in poenam solvat tantum, quantum prius mercatori solutum est, cujus poena medium cadat in emendationem majoris Ecclesiae Hispalensis et aliud Fisco dictae urbis. Datum Hispali, 20 Martii (leg. Maji) 1396.

§ 4.

Zwei Wahrnehmungen drängen ſich vor Allem aus der Anſicht dieſes Geſetzes auf: erſtlich der Einfluß des genueſiſchen Handelsſtandes auf die Erlaſſung deſſelben; zweitens die Gewißheit, daß der Gebrauch exekutoriſcher Vertragsurkunden in Spanien — wenigſtens unter den Kaufleuten — ſchon vor Erlaſſung des Geſetzes bekannt geweſen ſeyn muß.

Daß jener Einfluß der Genueſer nicht ein blos äußerlicher geweſen iſt, zeigt die auffallende Aehnlichkeit des ſpaniſchen Geſetzes vom J. 1396 mit den Beſtimmungen der meiſten italieniſchen Stadtrechte aus dem XIV Jahrhundert und beſonders mit den vor dem Jahr 1414 reformirten und noch im Jahr 1498 geltenden Statuten von Genua [1]). Es ſind folgende, den weſentlichen

[1]) Belegſt. S. 283 — 290.

Inhalt des Geſetzes vom Jahr 1396 ausmachende Punkte, in welchen ſich dieſe Aehnlichkeit, ja faſt wörtliche Uebereinſtimmung kundgibt:

1. ſchriftliche Vertragsurkunden haben ſofort nach Verfallzeit parate Exekution [2]);

2. dieſe kann nur durch ſolche Einreden abgewendet werden, welche in continenti (luego sin alongamiente) erwieſen werden, entweder durch ſchriftliche Urkunden von gleicher Gültigkeit, wie die der Schuldurkunde, (por otra tal escriptura como fuere la dicha deuda,) oder durch Zeugen, welche nahe zur Hand ſind, (por testigos, que sean en el Arcobispado de Sevilla,) oder durch Geſtändniß der klagenden Partei;

3. zum Beweiſe der in continenti zwar vorgeſchützten [3]), aber nicht ſchleunig erweislichen Einreden (y si dixere, que los testigos tiene fuera del dicho Arcobispado) wird eine Friſt von einem, ja nach Umſtänden mehreren Monaten bewilligt [4]);

---

[2]) Vgl.-Statut von Genua, Belegſt. S. 288. verb. quorum dies cesserit et venerit.

[3]) Statut von Genua, Belegſt. S. 286. Si conventus contradicere etc.

[4]) Statut von Genua, Belegſt. S. 286: . . . adhuc

es muß aber in dieſem Falle der Beklagte einſtweilen Zahlung (nach dem ſpaniſchen Geſetze) oder Sicherheit für die Zahlung (nach dem Statut von Genua [5]) leiſten, wogegen

4. eine gleiche Sicherheitsleiſtung für die Zurückzahlung des etwa ungebührlich Empfangenen auch dem Kläger obliegt [6];

5. die Beſtimmung der poena dupli für den Kläger, welcher muthwillig Exekution nachſucht [7].

Darüber, daß der Gebrauch exekutoriſcher Inſtrumente ſchon vor dem Geſetze von 1396 in Spanien bekannt war, gibt die in dem Geſetze

---

detur ad probandum terminus actori et reo, et infra quem terminum omnes probationes debeant fieri . . . vgl. mit dem Vorhergehenden: in quo termino mensis et X dierum etc.

[5]) Statut von Genua, Belegſt. S. 286. verb. compellatur praestare etc.

[6]) Statut von Genua, Belegſt. S. 285. verb. et securitatem idoneam praestante (actore) de restituendo toto id, de quo ipse actor consecutus fuerit solutionem etc.

[7]) Statut von Genua, Belegſt. S. 285. verb. et si probabitur remissa vel falsa vel soluta, quod actor restituat reo duplum totius quantitatis, quam occasione dictae executionis recipiet.

Digitized by Google

ſelbſt erwähnte Vorſtellung der Kaufleute, welche deſſen Erlaſſung ausgewirkt haben, genügenden Aufſchluß. Die Bittſteller führen an, wie ſie es bisher mit ihren Schuldnern gehalten haben:

man ließ die Schuldner Zahlung auf einen beſtimmten Termin und unter beſtimmten Strafen verſprechen, worüber ſie vor dem Richter Urkunden ausſtellten [8]), auf daß der Richter Kraft derſelben (Urkunden) Exekution verhängen könne,

oder mit anderen Worten: ſie verpflichteten ſich durch exekutoriſche Urkunden, instrumenta, quae paratam executionem habeant.

Ob und welcher beſonderen Kautelen man ſich bediente, um dieſe exekutoriſche Wirkſamkeit zu erzielen, geht aus dem Inhalte des Geſetzes nicht hervor, läßt ſich aber aus den Umſtänden mit ziemlicher Sicherheit beſtimmen:

Aus der Eigenſchaft der Urkunde als einer gerichtlich ausgefertigten für ſich allein

---

[8]) Das Subject zu otorgan iſt que, nehmlich Christianos y Moros y Iudios. — Otorgar heißt dare, concedere, und wird in der gerichtlichen Sprache beſonders von der Ausſtellung ſchriftlicher Urkunden gebraucht.

kann die exekutorische Kraft jener Urkunden, welche vor dem Gesetz von 1396 errichtet wurden, durchaus nicht abgeleitet werden, weil man der bloßen gerichtlichen Fertigung nach der Theorie des gemeinen Rechts und in Ermanglung ausdrücklicher Bestimmung der Landesgesetzgebung das jus paratae executionis niemals beigelegt hat [9]). Auch das ist nicht wahrscheinlich, daß man sich in den vor dem Richter ausgestellten Urkunden auf die Einverleibung eines einfachen pactum executivum beschränkt haben sollte; denn dazu bedurfte man ja nur des Notariats, nicht des Richteramts. Dagegen war die Mitwirkung des Richters alsdann, aber auch nur alsdann, allerdings erfoderlich, wenn man sich, um die exekutorische Wirksamkeit zu erzielen, der Einholung eines praeceptum judicis in confessum nach altitalienischer Sitte bedienen wollte [10]). Daß

---

[9]) cf. Suarez ad l. Tolet. num. 16. Belegst. S. 375. — Ant. Gomez ad l. 64. Taur. num. 4. Belegst. S. 386, 387.

[10]) Dieses praeceptum konnte nicht einmal vor dem Notar als judex chartularius, sondern nur vor dem wirklichen Richter erholt werden; Suarez l. c. num. 3.

Digitized by Google

dieſes nun auch in Sevilla vor dem Geſetze von 1396 die gewöhnliche Kautel geweſen ſey, hat um ſo größere Wahrſcheinlichkeit für ſich, wenn man den erwieſenen ſpeziellen Einfluß der italieniſchen Kaufleute auf die ſpaniſche Praxis in Anſchlag bringt. Hiezu kommt aber noch ein ausdrückliches Zeugniß des Suarez, welches zwar zunächſt einer ſpäteren Zeit gilt, aber nichts deſto weniger auch für die früheren Zuſtände trifftig genug iſt. Noch zur Zeit des Suarez nehmlich war es in Sevilla und in anderen Theilen von Andaluſien üblich, ſich zur Errichtung exekutoriſcher Urkunden jener Einholung des richterlichen praeceptum in confessum, alſo, wie Suarez ſelbſt anerkennt, der ächt italieniſchen Guarentigia zu bedienen, während in den übrigen Theilen von Spanien eine andere Exekutivklauſel im Gebrauche war [11]).

(Belegſt. S. 370.): cum notarii [in Hispania] non habeant . . . aliquam jurisdictionem ad faciendum dictum praeceptum.

[11]) Suarez l. c. num. 3. (Belegſt. S. 370.): In civitate Hispalensi et in aliis partibus Beticae provinciae vidi observari, quod, cum partes volebant

Da nun aber nicht nur zur Zeit des Suarez, sondern auch um die Zeit des Gesetzes vom Jahr 1396 in Italien selbst das praeceptum guarentigiae in solcher Reinheit schon regelmäßig nicht mehr gehandhabt wurde, so scheint die Entstehung der zu Sevilla herrschenden Praxis noch in eine namhaft frühere Zeit, als das Jahr 1396, zurückversetzt werden zu müssen.

Ueberhaupt sieht man dem fragmentarischen Inhalte des Gesetzes von 1396 wohl an, daß die Absicht desselben nicht auf Einführung einer Neuerung gerichtet war, sondern — unter Anerkennung der bestehenden Praxis im Allgemeinen — nur auf legislative Nachhülfe in einzelnen Punkten, in welchen sich eben das Ansehen der Praxis unzureichend erwiesen hatte.

---

celebrare contractum, ibant cum notario coram judice et facto contractu coram eo ipse mandabat observari et faciebat eis praeceptum, ut observarent contenta in instrumento sicut ex sententia, et vulgariter dicunt ipsi *instrumentum ex judicio judicato;* et illud est instrumentum confessionatum et guarentigiae ... Et de forma, qua utimur communiter in Hispania, ... dicam statim. (Vgl. Belegst. S. 317. Num. 5.)

Digitized by Google

Hierdurch konnte der Zweifel entſtehen, ob nicht das Geſetz, welches von der exekutoriſchen Wirkſamkeit öffentlicher Urkunden ſchlechtweg ſpricht, dennoch, der bisherigen Praxis gemäß, das Erforderniß einer Exekutivklauſel ſtillſchweigend vorausgeſetzt habe. Die Meinung der Juriſten hierüber war lange getheilt [12]; die Mehrzahl entſchied ſich endlich für die Entbehrlichkeit der Exekutivklauſel [13]; die Praxis wurde durch die Frage nicht tief berührt, weil man ſich ja doch bei Ausſtellung ſchriftlicher Urkunden mit der Beifügung jener Klauſel regelmäßig vorzuſehen pflegte [14].

---

[12]) Suarez l. c. num. 5—18. Belegſt. S. 371 bis 377. — Gomez ad L. 64. Taur. num. 4. Belegſt. S. 386 bis 387. — Covarruvias variar. resolut. II, 11. Belegſt. S. 389. — Parladorio rerum quotid. Lib. II. Cap. XII. P. I. § XI. Belegſt. S. 393 bis 395.

[13]) Parladorio l. c. Belegſt. S. 394.

[14]) Suarez l. c. num. 18. (Belegſt. S. 375): Item juvat hanc opinionem communis consuetudo hujus regni, ut in omnibus instrumentis apponatur haec clausula etc. Vgl. Covarruvias l. c. Belegſt. S. 389. verb. illud sane etc.

Digitized by Google

Uebrigens versteht sich von selbst, daß durch das Gesetz von 1396, wegen seiner Beschränkung auf Sevilla, in dem Rechtszustande des übrigen Spaniens nichts verändert wurde. Insofern man also annehmen kann, daß auch hier der Gebrauch exekutorischer Urkunden schon vor 1396 bestand, wurde er durch jenes Gesetz weder aufgehoben noch abgeändert, und es mußten in diesem Falle auch diejenigen Klauseln, durch welche man nach der herrschenden Doktrin der Romanisten eine Urkunde exekutorisch zu machen im Stande war, nach wie vor nothwendig beibehalten werden. Erst im Jahr 1480 wurde das Gesetz von 1396 zum allgemeinen Landesgesetz erhoben. Allein schon im Jahr 1458 erschien ein Gesetz, welches ganz im Allgemeinen und ohne spezielle Beziehung auf die Praxis von Sevilla von exekutorischen Urkunden spricht, folglich auch einen auf die Stadt Sevilla nicht beschränkten Gebrauch solcher Urkunden voraussetzt [15]). Dieß wird durch das Zeugniß des Suarez [16]) bestätigt, wonach

[15]) Siehe unten S. 260., wo das Gesetz von 1458 in extenso mitgetheilt wird.

[16]) Suarez l. c. num. 3 in f. (Belegst. S. 370.) mit

zu seiner Zeit, wie auch später [17]), in dem größten Theile von Spanien eine von der besondern Praxis der Stadt Sevilla ganz unabhängige Exekutivklausel im Gebrauche war. Diese Klausel, welche sehr an die Praxis der geistlichen Gerichte in Italien erinnert [18]), lautet folgendermaaßen:

qui T. [debitor] dedit potestatem omnibus judicibus, coram quibus hoc instrumentum fuerit ostensum, ut faciant pro contentis in eo executionem in ejus persona et bonis, tamquam si contra eum esset lata sententia transacta in rem judicatam.

Also auch hier Verpflichtung zur paraten Exekution wie aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse [19]).

---

num. 5, (Belegst. S. 371.) und num. 18. (Belegst. S. 375.)

[17]) Parladorio l. c. Belegst. S. 393—394. verb. Amplia igitur.

[18]) Vgl. auch Statut von Triest Lib. II. Rubr. 9. Belegst. S. 363.

[19]) Noch in der Recopilacion Philipps II. werden die Bestimmungen über die Vollstreckung exekutorischer Urkunden und rechtskräftiger Erkenntnisse durchaus als zusammengehörig behandelt in Lib. IV. tit. 21.:

Digitized by Google

Gegen die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung konnte kaum ein Bedenken bestehen, da ihr die Autorität der italienischen Doktrin und das Beispiel der geistlichen Gerichte zur Seite stand. Ueberhaupt darf es am wenigsten von Spanien auffallen, wenn sich dort das Institut der exekutorischen Urkunden längere Zeit durch die bloße Praxis unter dem Schutze der doktrinellen Autorität der Italiener erhalten hat. Man darf sich nur daran erinnern, daß das Gewicht dieser Autorität, besonders des Bartolus, Baldus, Johannes Andreae und Panormitanus, in keinem Lande anerkannter war, als in Spanien. Durch zwei Gesetze des Königs Juan II vom Jahr 1427 (in Toro erlassen) und vom Jahr 1433 (in Madrid erlassen) war verordnet, daß die Parteien oder ihre Anwälte in ihren Prozeßschriften und mündlichen Vorträgen keine andere Autorität anführen dürfen, als die des Bartolus im römischen Recht und die des Johannes Andreae im

---

De las entregas y execuciones de contratos y sentencias y confessiones y conocimientos y de los executores dellas.

Digitized by Google

canoniſchen Recht. Wer dawider handelt, wird ſchwer geſtraft, die Partei durch Verluſt des ganzen Streithandels, der Anwalt, ſo wie der Richter, welcher die Handhabung des Geſetzes vernachläſſigt, durch Verluſt des Amts. Unter Ferdinand V und Iſabella in den Ordonnanzen von Madrid vom Jahr 1499 wurde jene Verordnung dahin ausgedehnt, daß in ſolchen Fällen, welche ſich aus Bartolus oder Johannes Andreae nicht beſtimmen laſſen, auch die Berufung auf Baldus im römiſchen Recht und Panormitanus im canoniſchen Recht geſtattet ſey [20]). Erſt im Jahr 1505 wurde dieſes Meinungsmonopol durch die Geſetze von Toro aufgehoben [21]).

§ 5.

Um zu beſtimmen, welche Einreden gegen exekutoriſche Urkunden an ſich zuläſſig ſeyen, worüber das Geſetz Heinrichs III von 1396 ſehr allgemein lautet, erging unter Heinrich IV im Jahr 1458 (aus Madrid) ein Geſetz, welches in

---

[20]) Alphonsus de Montalvo, glossa ad forum legum regni Castellae. Lib. I. tit. VI. ley 5. Ed. Salmant. 1501. fol. 17 b. —

[21]) Siehe unten Anhang II.

die Recopilacion Philipps II in folgender Gestalt aufgenommen ist [1]:

Mandamos, que contra las obligaciones y contratos y compromissos, o sentencias, o otras qualesquier escrituras, que tengan aparejada execucion, que no sea admitida ni recibida por nuestros juezes ninguna otra excepcion ni defension, salvo paga del deudor, o promission o pacto de no lo pedir, o excepcion de falsedad, o excepcion de usura, o temor, o fuerça, y tal, que de derecho se deva recebir: y si otra qualquier excepcion se alegare, no sea recibida, ni el, que la opusiere, sea oido; y no embargante otras qualesquier excepciones el juez proceda a execucion del tal contrato o sentencia y llevela a devido efeto [2].

---

[1]) Lib. IV. tit. 21. ley 1. Ed. Madr. 1640. T. I. fol. 350.

[2]) Zu Teutsch: Wir verordnen, daß gegen Schuldverschreibungen und Verträge und Schiedsrichtersprüche oder Erkenntnisse oder jedwede andere schriftliche Urkunden, welche parate Exekution haben, keine andere Einrede oder Vertheidigung zugelassen noch angenommen werde, als die der Zahlung durch den

Digitized by Google

Dieſes Geſetz mag ſich einer beſondern Wirkſamkeit wohl nicht erfreut haben, da es außer den beſtimmt genannten Einreden auch noch aller anderen, welche von Rechts wegen zuläßig ſeyen, gedenkt; hierunter kann nur das gemeine Recht verſtanden ſeyn, alſo jene Doktrin, welche wir oben (Kap. II § 15) kennen gelernt haben [3]).

Durch ein Geſetz Ferdinands V und ſeiner Gemahlin Iſabella vom Jahr 1480 wurde die Verordnung Heinrichs III von 1396 ihrem wörtlichen Inhalt nach erneuert und zum allgemeinen Landesgeſetze erhoben. Es findet ſich in dem orde-

---

Schuldner, oder des Verſprechens oder Vertrags de non petendo, oder die Einrede des Zinswuchers, der Furcht, der Gewalt, und ſolche, welche von Rechts wegen angenommen werden müſſen: und wenn irgend eine andere Einrede vorgebracht wird, ſoll ſie nicht angenommen werden, und derjenige, welcher ſie vorgebracht hat, ſoll nicht gehört werden; und ohne Rückſicht auf alle anderen Einreden ſoll der Richter zur Exekution eines ſolchen Vertrags oder Erkenntniſſes ſchreiten und ſie gebührend zu Ende führen.

[3]) Mit welcher auch Suarez in L. Tolet. (Ed. Frcf. 1594. pag. 551—563) vollkommen übereinſtimmt.

namiento de Toledo im Titel de las excepciones, wo es das letzte Gesetz ist und also lautet [4]):

Y como quiera, que la disposicion de la dicha pregmatica parece ser provechosa para abreviar los pleytos y evitar las malicias de los deudores para en la dicha ciudad [de Sevilla], a quien se estiende. Pero porque parece, que no proveé cumplidamente a los casos, que sobre esto acaescen, sobre que es necessaria justa disposicion: porende ordenamos y mandamos, que la dicha pregmatica sea avida y guardada por la ley general; y esomismo aya lugar la disposicion desta ley en la deuda, que se debiere por sentencia passada en cosa juzgada: y que el termino, en que ha de mostrar la paga el, que la alega, en que dize la pregmatica, que sea luego, que este *luego* se entienda de diez dias; y que en todas las clausulas quede por ley general la dicha pregmatica con las condiciones suso dichas; y que la pena la mitad sea para la parte, contra quien se diferiere la causa maliciosa injustamente, y la otra mitad para el re-

[4]) Suarez l. c. pag. 515.

paro de los muros y para otras cosas pias o publicas, donde el juez viere, que mas es necessario.

Nach der lateiniſchen Verſion des Saur:

Et quamvis dispositio dictae Pragmaticae videatur esse apprime utilis ad lites cito finiendas et evitandam maliciam seu perversitatem [5]) creditorum [6]) illius urbis, ad quam se extendit. Tamen quoniam apparet, quod non plene prospiciat omnibus casibus, qui in similibus rebus emergunt [7]), et indigent justa aliqua et necessaria constitutione: ordinamus et mandamus, ut dicta Pragmatica habeatur et observetur pro lege generali, utque etiam locum habeat legis hujus dispositio in debito, quod debetur ex sententia, quae transivit in rem judicatam; et ut terminus, in quo debet ostendere solutionem allegans, ubi Pragmatica dicit statim, per illud statim intelligantur X dies [8]); et ut in omnibus ac sin-

---

[5]) Seu perversitatem iſt ein überflüſſiger Zuſatz des Ueberſetzers.

[6]) Leg. debitorum.

[7]) Nehmlich außerhalb Sevilla.

[8]) Soll heißen: intelligatur (terminus) decem dierum.

gulis dictae Pragmaticae clausulis sit vigor legis generalis; et ut poenae medium sit illius partis, contra quam causa protrahitur dolose et injuste, et alterum medium cedat in restaurationem murorum et alias res pias et (leg. aut) publicas, prout judex magis necessarium esse animadverterit.

Es wird alſo hier — in Uebereinſtimmung mit den italieniſchen Stadtrechten — verordnet, daß unter dem ſchleunigen Beweis, welchen das frühere Geſetz ohne nähere Friſtbeſtimmung fodert, ein ſolcher zu verſtehen ſey, welcher binnen zehn Tagen geliefert wird.

§ 6.

Von nun an wurde das Geſetz vom Jahr 1480, gewöhnlich kurzweg lex toletana genannt, mit dem in daſſelbe wörtlich aufgenommenen Geſetz von 1396 für Spanien der Mittelpunkt der ganzen Lehre von der exekutoriſchen Wirkſamkeit ſchriftlicher Urkunden. Es wurde von Roderich Suarez in deſſen Lectura super L. post rem judicatam D. de re judicata weitläufig commentirt, erhielt durch ein Madrider Geſetz vom Jahr 1502, durch die leyes de Toro vom Jahr 1505 und durch

ein Madrider Geſetz vom J. 1534 noch einige Zuſätze und ging endlich in die nueva recopilacion vom J. 1567 Lib. IV tit. 21. l. 2 über.

Die Zuſätze aus den Geſetzen von Toro, in welche auch das Madrider Geſetz von 1502 aufgenommen iſt, ſind folgende [1]:

Ley LXIII.

El derecho de executar [2] por obligacion personal se prescriva por diez annos [3], y la action

---

[1]) Gomez Comm. in leges Taurinas pag. 489. et 491.

[2]) El derecho de executar heißt nichts Anderes, als jus paratae executionis, im Gegenſatz zur action personal, nehmlich der actio in factum, von welcher oben Kap. II. § 13. S. 128 die Rede iſt.

[3]) Eine Beſtimmung, welche auch in den italieniſchen Stadtrechten häufig vorkommt. S. Statut von Genua nach der Ausgabe von 1589. Lib. II. cap. III. Belegſt. S. 291. Ant. de Canario tr. de guarentigia num. 95. (Tr. Lugd. 1549. Vol. V. fol. 282 b.): quaero: dictat statutum, quod non possit peti executio instrumenti post decem annos, an post X. annos possit creditor agere via ordinaria et inducere instrumentum ad probationem debiti ad finem sententiae condemnatoriae exequendae, non ad finem executionis? Baldus . . . dicit audivisse Bartolum dicentem quod sic.

Digitized by Google

personal y la executoria [4]) dada sobre ello se prescriva por veyente y no menos; pero donde en la obligacion es hypotheca o donde la obligacion es mixta personal y real, la deuda se prescriva por treynta annos y no menos.

Nach der Verſion des Dr. Caeſar:

Jus exequendi pro obligatione personali praescribatur decem annis, et actio personalis et executoria scriptura super eo data praescribatur non minus viginti; verum ubi in obligatione est hypotheca aut obligatio est mixta personalis et realis, debitum praescribatur non minus triginta annis.

Ley LXIV.

Por quando en las ordenanças, que hezimos en la villa de Madrid a quatro dias del mes de Deziembre del anno passado de mil y quinientos y dos annos ay una ordenança su tenor de la qual es este, que se sigue:

Otro si por quando por la ley por nos fecha en las cortes de Toledo ovimos ordenado, que si

---

[4]) D. h. die auf eingebrachte Exekutivklage ergangene Verfügung wirklicher Exekution.

los deudores, que devian algunas deudas, en quien son fechas execuciones por contractos, obligaciones o por sentencias a pedimiento de los creedores en los deudores o en sus bienes, alegaren paga o otra excepcion, que sea de recebir, que tengan diez dias para la provar, y no se declara, desde quando han de correr los dichos diez dias, declaramos y mandamos, que los dichos diez dias corran desde el dia, que se opusiere a la tal execucion. Y passados los dichos dias si no provare la dicha excepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dispone, sin embargo de qualquier apelacion, que della se interpusiere, dando el creedor las fianças, como la dicha ley lo manda. Y porque nuestra merced y voluntad es, que la dicha ordenança aya cumplido effecto: porende mandamos, que lo contenido en ella se guarde y cumpla y execute, como en ella se contiene: sin embargo de qualquier apelacion, que dellas se interpongan para ante nos o para ante los oydores de nuestras audiencias o para ante otros qualesquier juezes, o qualquier nullidad, que contra la dicha execucion y remate se alegue.

Digitized by Google

Nach der Verſion des Dr. Caeſar:

Quoniam in ordinationibus per nos Madridii factis 4. Decembris praeteriti anni 1502 est quaedam, cujus tenor ita habet:

Item quoniam per legem a nobis factam in communi congressu toletano ordinavimus, ut, si debitores aliquorum debitorum, in quibus factae fuissent exsecutiones pro contractibus, obligationibus aut pro sententiis ad creditorum petitionem in debitores latis aut in eorum bona [5]), allegarent solutionem aut aliam exceptionem receptibilem, habeant decem dies ad illam probandam, et non est declaratum, unde sunt numerandi praedicti decem dies, declaramus et praecipimus, ut praedicti decem dies numerentur ab eo die, quo praedictae exsecutioni debitor se opposuerit, qui-

---

[5]) Wörtlich: ut, si debitores, qui debeant aliqua debita, in quos factae sunt executiones pro contractibus obligationibus vel sententiis ad petitionem creditorum in debitoribus seu in eorum bonis (i. e. personaliter vel realiter), allegarent etc. D. h. wenn Schuldner, gegen welche (ſey es nun in ihre Perſon oder in ihre Güter) auf Anſuchen des Gläubigers aus einem Vertrage oder einem Erkenntniſſe die Exekution verhängt iſt, behaupten u. ſ. w.

Digitized by Google

bus elapsis, nisi exceptionem praedictam probaverit, venditio absolvatur, prout ipsa lex disponit, non obstante quavis provocatione adversus eam interposita, data a creditoribus fideiussione, quemadmodum ipsa lex praecipit. Et quoniam nostra mens et voluntas [6]) est, ut praedicta ordinatio sortiatur plenum effectum, ideo praecipimus, ut, quod habetur in ea, impleatur et fiat, prout in eadem continetur, non obstante quavis provocatione, quae ab ipsis interponatur ad nos aut ad nostrarum audientiarum auditores aut ad alios quosvis judices, sive quavis alia nullitate, quae contra praedictam executionem aut absolutam venditionem allegetur.

Durch die Madrider Verordnung von 1502 war alſo der in der lex toletana von 1480 nicht ausgedrückte Zeitpunkt, von welchem der Lauf der zehntägigen Beweisfriſt beginnt, näher beſtimmt.

Durch die L. 64 de Toro war verordnet, daß die Vollſtreckung exekutoriſcher Urkunden durch kein Rechtsmittel, weder durch Appellation noch durch Nichtigkeitsbeſchwerde, aufgehalten werden dürfe.

---

[6]) Nuestra merced y voluntad: Unſer gnädiger Wille.

In allen dieſen Geſetzen wird vorausgeſetzt, daß die zu vollſtreckende Urkunde ein öffentliches Inſtrument ſey.

Endlich aber wurde durch nachſtehendes Geſetz des Kaiſers Karl V, welches zu Madrid im Jahr 1534 ergangen, zu Valladolid im Jahr 1548 erneuert und zuletzt in den XXI Titel des vierten Buchs der recopilacion von 1567 aufgenommen worden iſt, das Recht der paraten Exekution auch auf rekognoscirte Privaturkunden übergetragen:

Ley V.

Que las confessiones y conocimientos reconocidos trayan aparejada execucion [7]).

Porque somos informados, que a causa de no se executar los conocimientos reconocidos por las partes y las confessiones, que se fazen en juizio, como los otros contratos otorgados ante nuestras escrivanos, que traen aparejada execucion, se siguen muchas costas y gastos, y muchas personas por dilatar la paga apelan de las sentencias, que contra ellos se dan:

---

[7]) Recopilacion de las leyes de Felipe II. En Madrid 1640. T. I. fol. 351 b.

porende ordenamos y mandamos, que de aqui adelante los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez, que manda executar, o las confessiones claras fechas ante el juez competente trayan aparejada execucion, y que las nuestras justicias las executen conforme a la ley de Toledo susodicha, que fabla sobre la execucion de los contratos guarentigios [8]).

---

[8]) Zu Teutſch:

Geſetz 5. Bekenntniſſe und anerkannte Handſcheine ſollen parate Exekution nach ſich ziehen.

Da wir erfahren haben, wie dadurch, daß die von den Parteien anerkannten Handſcheine und die vor Gericht abgelegten Bekenntniſſe nicht in gleicher Weiſe exequirt werden, wie die vor unſeren Notarien errichteten exekutoriſchen Urkunden, viele Koſten und Ausgaben entſtehen und viele Perſonen, um die Zahlung zu verzögern, gegen die Erkenntniſſe, welche gegen ſie erlaſſen werden, appelliren: alſo verordnen und befehlen wir, daß von nun an die vor dem Richter, welcher die Exekution verhängt, anerkannten Handſcheine, ſo wie die vor dem zuſtändigen Richter abgelegten klaren Bekenntniſſe parate Exekution nach ſich ziehen ſollen, und daß unſere Gerichtshöfe dieſelben vollſtrecken ſollen nach Maaßgabe des obgedachten Geſetzes von Toledo, welches von der Vollſtreckung der guarentigiirten Verträge ſpricht.

Digitized by Google

§ 7.

Man ſieht leicht, wie in allen dieſen Geſetzen der Grundſatz der Gleichſtellung des exekutoriſchen Rechts ſchriftlicher Vertragsurkunden mit der Wirkſamkeit rechtskräftiger Erkenntniſſe feſtgehalten und in allen ſeinen Konſequenzen durchgeführt wird.

Auch in Spanien war daher das Verfahren aus exekutoriſchen Vertragsurkunden kein anderes als das gemeine Exekutionsverfahren; ja die ſpaniſche Praxis war in dieſer Beziehung noch ſtrenger und formgenauer, als die meiſten gleichzeitigen italieniſchen Stadtrechte.

Das Verfahren begann nehmlich, wie ſich aus der Vergleichung der Madrider Ordonnanz von 1502 [1]) mit den früheren Geſetzen ergibt, ohne vorhergehende monitoriſche Ladung, in Uebereinſtimmung mit der älteſten Praxis der weltlichen [2])

---

[1]) Siehe L. 64. Taur. — Suarez ad L. Tolet. pag. 518. num. 4; — pag. 520. num. 10. (Belegſt. S. 272.) — Parladorio rer. quotid. Lib. I. Cap. XXII. P. V. §. 10.

[2]) Siehe oben S. 167.

Digitized by Google

und geistlichen [3]) Gerichte Italiens, auf bloses Vorzeigen der Urkunde sofort mit der Verfügung wirklicher Exekution: mit einem unbedingten Exekutionsmandat. Dieses Mandat vollzieht der Exekutor ohneweiters durch Auspfändung fahrender Habe, in deren Ermanglung durch Beschlagnahme liegender Güter, und, wenn auch solche nicht vorhanden sind, durch Gefangennehmung des Schuldners. Die abgepfändeten Gegenstände werden hiernächst nach gesetzlicher Ordnung öffentlich feilgeboten, und, — wenn nicht inzwischen von dem Schuldner Widerspruch gegen die Rechtmäßigkeit der Exekution eingelegt worden ist, — an den Meistbietenden verkauft.

Ob und wann der Schuldner während dieses Verlaufs Widerspruch gegen den Fortgang der Exekution erheben wollte, war dem eigenen Ermessen desselben lediglich überlassen, ohne daß ihm ein bestimmter Termin ad opponendum gesteckt wurde. Die Opposition, welche das Gesetz gestattet, konnte daher bis zum Augenblick des Zuschlags der Exekutionsobjekte an den Käufer ein-

[3]) Siehe oben S. 216 Note 2.

Digitized by Google

gelegt werden. Von dem Zeitpunkt der eingelegten Opposition lief die zehntägige Frist zum Beweise der Oppositionsgründe. Nach Ablauf dieser Frist wurde je nach dem Erfolge der Beweisführung die Aufhebung oder Fortsetzung des Exekutionsverfahrens verfügt, letztere nach Umständen auf vorgängige Kautionsleistung von Seiten des Gläubigers. Rechtsmittel mit Suspensiveffekt sind nicht gestattet, wohl aber die Zurückforderung des indebite Gezahlten.

Das Verfahren aus Privaturkunden unterschied sich nur dadurch, daß das Exekutionsmandat nicht eher erlassen werden konnte, bevor die Urkunde rekognoscirt war. Nach erfolgter Rekognition trat dasselbe Verfahren, wie aus öffentlichen Urkunden, ein.

Der Mangel einer genauen Bestimmung des Zeitpunkts der Opposition hatte Ungleichförmigkeit in die Praxis gebracht. Ein Gesetz Philipps II vom Jahr 1566 verordnet daher [4]):

---

[4]) Nueva recopilacion. Lib. IV. tit. XXI. l. 19. Ed. Madr. 1640. T. I. fol. 353 b. — Zu Teutsch: Wir verordnen und befehlen: wenn irgend eine Exekution

Digitized by Google

.... Ordenamos y mandamos, que quando se pidiere alguna execucion, y al juez le pareciera, que la escritura o recaudo, por que se pide, deve ser executada, dè su mandamiento de execution sin citar a la parte executada para ello, mandando ... la execucion en bienes muebles y en falta dellos en bienes raizes con fianças de saneamiento, y que en defeto de las dichas fianças sea preso el deudor ....; y haziendo se en bienes muebles se den los pregones por

---

nachgesucht wird und der Richter überzeugt sich, daß die Urkunde, aus welcher (die Exekution) nachgesucht wird, vollstreckt zu werden verdient, so erlasse er seinen Exekutionsbefehl ohne vorgängige Ladung des der Exekution unterliegenden Streittheiles ... durch Anordnung der Exekution in die fahrende Habe, und in Ermangelung derselben in die liegenden Güter und in die Unterpfänder der Bürgen, und in deren Ermanglung werde der Schuldner gefangen genommen; und im Falle der Mobiliarausphändung soll binnen neun Tagen ein dreimaliger öffentlicher Ausruf je von drei zu drei Tagen veranstaltet werden, und im Falle der Exekution in liegende Güter binnen 27 Tagen ein dreimaliger Ausruf je von neun zu neun Tagen; und nach veranstaltetem Ausruf soll der Schuldner zur (Vernehmlassung über die) Versteigerung vorgeladen werden ..., und wenn er

nueve dias de tres en tres dias cada uno, y siendo en bienes raizes se den tres pregones en veynte y siete dias de nueve en nueve dias cada pregon; y dados los dichos pregones sea citado el deudor para el remate ..., y hecha la dicha citacion si dentro de tres dias se opusiere y alegare excepcion legitima conforme a la ley primera y segunda deste titulo [5]), corran los diez dias desde la oposicion ... dentro de tercero dia; y no haziendo la oposicion dentro de los dichos tres dias mande el juez hazer remate y pago a

---

nach geschehener Vorladung binnen drei Tagen Widerspruch einlegt und eine rechtmäßige Einrede nach Maaßgabe des ersten und zweiten Gesetzes dieses Titels vorbringt, so beginnen die zehn Tage (welche zur Beweisführung) nach der Opposition (gestattet sind) vom dritten Tag an zu laufen; und wenn keine Opposition innerhalb der besagten drei Tage eingelegt worden ist, soll der Richter die Versteigerung und die Befriedigung des Exekutionssuchers vollziehen lassen, wenn dieser die Sicherheit bestellt, welche das Gesetz von Toledo und die übrigen Gesetze des Reichs verordnen; und es soll die Versteigerung und Zahlung durch keine Appellation aufgehalten werden.

[5]) Dieß sind nehmlich die Gesetze Heinrichs IV. vom Jahr 1458, und das Gesetz von Toledo von 1480 mit dem Gesetze Heinrichs III. von 1396.

Digitized by Google

la parte, dando las fianças la parte, que pide execucion, que la ley de Toledo y las otras leyes destos Reynos disponen; y haga el remate y pago sin embargo de qualquiera apelacion.

Das Verhältniß der Doktrin zur Praxis und Gesetzgebung war höchst einfach. Ihre Grundlage blieb zu allen Zeiten die Autorität der italienischen Juristen. In diesem Sinne wurden daher auch alle Fragen entschieden, welche sich aus den Gesetzen nicht unmittelbar beantworten ließen.

Zwar kennen die spanischen Juristen die Formen der clausula guarentigiae im eigentlichen Sinne recht gut; sie erkennen den Gebrauch derselben als eine Eigenthümlichkeit Italiens, besonders Toskanas, an; sie sind sich des Unterschieds zwischen dieser Klausel und der in Spanien vorherrschenden Exekutivklausel wohl bewußt [6]). Allein bei gleicher materieller Wirksamkeit beider Klauseln [7]) konnte jener Unterschied die Gleich-

[6]) Suarez l. c. num. 3—8. Belegst. S. 369 bis 372. — Parladorio l. c. § 11. Belegst. S. 393.

[7]) Vgl. Suarez l. c. num. 10. Belegst. S. 372—374.

förmigkeit der Doktrin im Wesentlichen nicht stören. Im Gegentheil: man bemühte sich, die Gleichförmigkeit auch in unwesentlichen Dingen möglichst zu erhalten. So ist namentlich die Terminologie der Italiener auch in die Schriften, die Gerichtsverhandlungen, und selbst in die Gesetze der Spanier übergegangen. Auch die spanischen Juristen nannten daher die Exekutivklausel, welche sie selbst als eine ihnen eigenthümliche bezeichnen, eine clausula guarentigiae [8]); auch ihre exekutorischen Instrumente nannten sie regelmäßig guarentigiirte Urkunden. Unter den Gesetzen ist das Madrider Gesetz vom J. 1534 das erste, in welchem dieser Ausdruck gebraucht wird.

---

[8]) Vgl. Gomez ad l. 64. Taur. num. 3. 4. Belegst. S. 385 bis 387. — Covarruvias var. resol. II, 6. Belegst. S. 389. 390. — Parladorio l. c. § 11. Belegst. S. 393. 394.

Digitized by Google

Fünftes Kapitel.

Frankreich.

§ 1.

Schriftsteller:

1. Consuetudines Bituricenses commentariis NICOLAI BOËRII [1]) illustratae, geschrieben zwischen 1498 und 1509 [2]).

Ausgabe:

Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae: Bituricensis Nicolai Boërii, Aureliensis Pyrrhi Englebermei, Turonensis Joannis Sainsonii commentariis illustratae, nunc autem recognitae, dispunctae

---

[1]) Vgl. Belegst. S. 400.

[2]) Nehmlich unter der Regierung Ludwigs XII und vor Chassenaeus.

Digitized by Google

ac distinctae melius a Dionysio Gothofredo Francof. 1598 f. [3]).

2. Consuetudines Aurelianae civitatis PYRRHI ANGLEBERMEI [4]) commentariis illustratae.

Nach der obengenannten Ausgabe von Dionysius Gothofredus.

Schrieb zwischen Boërius und Chassenaeus.

3. Consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae, commentariis BARTHOLOMAEI DE CHASSENAEO [5]) illustratae.

Schrieb um's Jahr 1509 [6]).

Ausgaben:

---

[3]) Nach Lipenius, Bibl. jur. I, 552. auch Francof. 1611. f.

[4]) Joh. Pyrrhus Anglebermeus oder Englebermeus, gebürtig aus Orleans aus einer angesehenen Familie, Professor zu Orleans, Lehrer des Molinaeus im J. 1526.

[5]) S. Belegst. S. 407.

[6]) Chassenaeus ad tit. IV. (De droicts et appartenances a gens mariez.) § 7. (Le mari et la femme.) num. 11. Ed. Frcf. 1574 pag. 639, wo er von Jason de Mayno sagt: quia adhuc vivit hoc anno Domini 1509.

Digitized by Google

a. Lugduni ap. haeredes Simonis Vincentii MDXXXV. fol.

b. Francof. 1574. fol. [7]).

4. PETRUS REBUFFUS [8]):

a. Tractatus de litteris obligatoriis regio sigillo vel alio authentico signatis; geſchrieben im Jahr 1543 [9]).

Ausgabe: Commentaria in constitutiones s. ordinationes regias ... authore Petro Rebuffo cum additamentis Audomari Rebuffi, Petri nepotis. Lugd. 1581 f. [10]) T. I pag. 39 — 110;

b. Tractatus de chirographorum et cedularum recognitione;

Ausgabe: Commentaria in constitutiones etc. T. I pag. 111 — 134.

§ 2.

Exekutoriſche Urkunden, lettres exécutoires,

---

[7]) Andere Ausgaben ſ. bei Lipenius I, 546.

[8]) Gebürtig von Montpellier; lehrte zu Cahors, Bourges, Poitiers und Paris; ſtarb 1557.

[9]) Rebuffus de litt. obl. art. I. gl. 6 num. 5.

[10]) Nach Lipenius I, 543 auch Lugd. 1599 f. Amstelod. 1668 f.

Digitized by Google

kommen in Frankreich, insbesondere in den südlichen Provinzen, in welchen das römische Recht vorherrschend war, erweislich wenigstens schon zu Anfang des XIV Jahrhunderts vor.

Auch hier war es Sitte, solchen Instrumenten eine quasi judicialis confessio und ein praeceptum executivum einzuverleiben, um das Recht der paraten Exekution (exécution parée) zu begründen.

So kommt schon bei Petrus de Bellapertica, welcher im J. 1308 gestorben ist [1], folgendes Zeugniß vor:

Quaeritur de confessione emissa per modum jurisdictionis voluntariae: indigeo pecunia, dico mutues mihi decem et confitebor, vado ad officialem et confiteor, quod teneor tibi in decem; non reperio legem loquentem, tamen non est necessaria sententia, sed sic video consuetudinem interpretari: judex mandat executionem fiendam [2].

---

[1] S. Belegst. S. 396.

[2] Petrus de Bellapertica in l. un. C. de confess. Belegst. S. 397.

Digitized by Google

Aehnliches Zeugniß gibt Johannes Faber [3]).

In einzelnen französischen Statuten war auch — in genauer Nachahmung der italienischen Stadtrechte [4]) — dem die Urkunde ausfertigenden Notar zum Behuf der Beifügung dieses praeceptum in confessum die Eigenschaft eines judex ordinarius ausdrücklich beigelegt. So in den coustumes de Poictou art. 322:

Et lesdicts notaires peuvent juger et condempner les parties des convenances, qu'ils accorderont et consentiront: car ils sont juges quant à ce. Et peut on par tel juge requerir et faire faire exécution, comme ce estoit juge ordinaire de ladicte court etc. [5])

---

[3]) Jo. Faber in L. un. C. de confessis. Belegst. S. 399; — Idem in L. 13 C. fam. herciso. Belegst. a. a. O.

[4]) S. oben Kap. II. § 9. S. 101, 102.

[5]) Nach Brewer, Gesch. der französischen Gerichtsverfassung Thl. 1. (Düsseldorf 1835) S. 406. Note *), welcher jedoch über das Alter dieser coutumes nichts angibt. — Auf dieses Statut scheint Rebuffe (de litt. oblig. prooem. num. 29) hinzudeuten: vide aliam practicam in stylo Pictonum. rubr. *des causes sur execution.*

Digitized by Google

Spätere Zeugniſſe für den Gebrauch der Exekutivklauſel, ſowohl nach Art der weltlichen, als der geiſtlichen Praxis Italiens, finden ſich bei Nicolaus Boërii [6]), welcher beſonders die Provinzen Auvergne und Limoſin nennt, bei Petrus de Vergnia (um's Jahr 1500), welcher die Beifügung der Exekutivklauſel als eine allgemeine Gewohnheit aller franzöſiſchen Notare, ſowohl der geiſtlichen als weltlichen Gerichte, bezeichnet [7]), endlich bei Petrus Rebuffus, welcher daſſelbe für die Provinzen Languedoc, Provence und Dauphiné, für den Bezirk des Parlaments von Toulouſe und überhaupt für das ganze pays de droit écrit bezeugt [8]), obwohl der-

---

[6]) Boërius in consuetud. Bituric. tit. II § 27. Belegſt. S. 401, 402.

[7]) Petr. de Vergnia, Additio ad Buttrigarium in l. error C. de juris et facti ignor. Belegſt. S. 405.

[8]) Rebuffus de litt. oblig. prooem. num. 13—18 pag. 39—40: Quaedam sunt instrumenta confessionata seu guarentigiata ab Italis sic dicta. Et sunt illa, quae continent praeceptum a notario parti debitum confitenti factum ... Requiritur tamen secundum eos (Italos), quod notarius in sui officii creatione sit factus judex ordinarius ...;

Digitized by Google

ſelbe annimmt, daß in Gemäßheit der Verordnungen Franz' I. vom Jahr 1539 die exekutoriſche Kraft ſchriftlicher Urkunden durch das ganze

---

alias ... non habebit hanc jurisdictionem, etiam si factus fuerit notarius, quando consuetudo hoc non haberet. Haec tamen verba (sc. creavit eum judicem ordinarium) in regno Franciae per Regem non solent apponi. Quamvis de consuetudine in ressortu Tholosano notarii in contractibus soleant hoc facere praeceptum parti, ut solvat intra X dies vel aliud tempus conventum inter partes, quod si non solverit die in instrumento statuto tale instrumentum sicut judicis praeceptum habet executionem, ita ut excommunicari possit is, qui habuit praeceptum a notario; et ita vidi in forensi judicio observari. Caturci (Cahors) et Itali hac etiam utuntur praxi. Istud etiam servatur in Hispania testé Petro Belluge in speculo principum ... ubi etiam in Delphinatu servari dicit; et probat Campesius ... Corneus ... et Socinus. — Idem l. c. num. 20: *Practica instrumentorum patriae juris scripti.* Alia etiam utuntur practica Occitani (Languedoc) Romani (Romans) et Provinciales (Provence): videlicet si aliquis mihi mutuet centum, ego promittam eidem reddere intra mensem, alioquin in instrumento constituam Titium et alios practicantes in curia seneschali seu alterius judicis ordinarii procuratores ad confitendum dictum debitum et ad capiendum praeceptum judiciale nomine constituentis.

Digitized by Google

Königreich lediglich durch die Beſiegelung der Urkunden mit dem Gerichtsſiegel begründet ſey.

Mit dieſem Gebrauche des Siegels aber verhält es ſich folgendermaaßen.

Da die Notare in Frankreich im Allgemeinen mit der quaſirichterlichen Amtsgewalt, welche zur Erlaſſung eines praeceptum judicis in confessum erfoderlich iſt, nicht bekleidet waren, ſo mußte man ſich in jenen Theilen, wo nicht ausdrückliche Statuten beſtanden, wie jenes von Poitou, frühzeitig daran gewöhnen, das praeceptum in confessum von dem wirklichen Richter einzuholen. Die Notare fertigten die Urkunde, in welcher ſich die Parteien nach dem Beiſpiel der älteren Cameralobligation dem Gerichtszwang eines beſtimmten Gerichts unterwarfen und das mandatum executivum entgegen nahmen, worüber nun auch von dem in der Submiſſion genannten Gericht durch Beidrückung des Gerichtsſiegels Urkunde ertheilt wurde. Sich unter einem gewiſſen Siegel verpflichten hieß daher nichts anderes, als das praeceptum executivum von demjenigen, welcher das Siegel führt, übernehmen. Die Wirkſamkeit der Beſiegelung war aber verſchieden je

nach der Amtsgewalt des Gerichts, deſſen Siegel beigedrückt iſt; denn exekutoriſche Vertragsurkunden, wie rechtskräftige Erkenntniſſe, hatten Anſpruch auf parate Exekution nur in dem Sprengel desjenigen Gerichts, von welchem der exekutoriſche Akt ausging. Die höchſte richterliche Amtsgewalt hatte der Kanzler von Frankreich, als Verwalter der Juſtizgewalt des Königs; die wirkſamſte Verpflichtung war ſomit die unter dem (großen) königlichen Inſiegel, welches der Kanzler des Reichs führte. Schon ſehr frühe wurde es daher Sitte, ſich unter dem königlichen Siegel zu verpflichten; und zu dieſem Behufe wurden erſt einzelne Gerichtshöfe in den Provinzen mit dem ſogenannten kleinen königlichen Inſiegel betraut, ſpäter aber überall eigene Kontrakts-Siegler, scelleurs, garde-scels, aufgeſtellt, welche gewiſſermaaßen als Delegirte des Kanzlers von Frankreich im Namen des Königs ſiegelten.

So berichtet Albericus de Roſciate († 1354) nach Oldradus de Laude († 1335):

In Monte Pessulano statutum est, quod obligans se ad sigillum parvum regis Franciae non possit opponere nisi tres exceptiones, sc. solutio-

nis, rei judicatae et pacti de non petendo [9]; numquid aliae legitimae exceptiones admittantur? videtur, quod sic...; et ita dicit dominus Oldradus fuisse pronunciatum in Monte Pessulano [10].

Ein gleiches, wohl noch älteres, Privilegium genossen die Meßgerichte von Champagne und Brie, deren Petrus de Vergnia und Rebuffe gedenken [11]. Aus einer Ordonnanz Philipps des Schönen vom Jahr 1311 geht hervor, daß man sich schon damals bemühte, dem Gebrauche dieser Privilegien die möglichste Ausdehnung zu geben, indem man sich ihrer auch zu anderen als Meß-Geschäften bediente. Dessen

---

[9]) Vgl. oben Kap. II § 15. S. 144.

[10]) Alb. de Rosciate, commentar. de statutis. P. I qu. 152. Tract. Venet. 1584. T. II. P. 2 fol. 25. — Vgl. die nachste Note.

[11]) Petrus de Vergnia l. c. Belegst. S. 405. — Rebuffus de litt. obl. prooem. num. 9—11: Aliud [sigillum] est, quod Rex habet in pluribus locis sui regni ad sigillandum contractus. — Nota tria esse sigilla, quae attrahunt ad se jurisdictionem, videlicet sigillum Praepositi Parisiensis, sigillum parvi sigilli [sic] Montispessulani junctum obligationi praecedenti, tertium est sigillum nundinarum Campaniae et Briae.

Digitized by Google

werden besonders die italienischen Kaufleute beschuldigt [11]).

Je mehr seit Philipp dem Schönen die Könige von Frankreich bemüht waren, ihren Einfluß auf das ganze Notariatswesen als eine Prärogative der Krone aufrecht zu erhalten, jemehr die Bestellung eigener Kontraktssiegler im ganzen Lande überhandnahm, um so frequenter mußte der Gebrauch der mit dem königlichen Insiegel gesiegelten exekutorischen Urkunden, lettres obligatoires passées (confectes, faictes) sous le séel royal, werden.

Doch wurde dadurch der Gebrauch anderer rechtmäßiger Gerichtssiegel nicht ausgeschlossen. Ja den Herzogen von Burgund war es durch königliches Privilegium gestattet worden, ein eigenes von dem Kanzler des Königs unabhängiges Kanzleramt zu halten. In Burgund leiteten da-

---

[11]) Les Loix, Ordonnances et Edicts des Treschrestiens Rois de France etc. depuis Sainct Lois jusques au Roy Henry II. Paris 1557. f. fol. 2 b. — Siehe unten Anhang III.

Digitized by Google

her die untergeordneten Siegler das Recht zur Siegelung von der Kanzlei des Herzogs ab [12]).

Die Siegelung war also insofern allerdings nothwendig, als durch sie das dem Vertrags-

---

[12]) Chassenaeus in consuetud. Burgund. Ad conclusionem et approbationem, ad v. Nous avons faict mettre nostre seel. num. 6. (Ed. Fref. 1574 pag. 1525): habemus in Burgundia ex privilegio Regis cancellariam olim datam, virtute cujus obligati sub illo sigillo possunt cogi realiter non obstante oppositione; et sic obligationes et instrumenta recepta sub dicto sigillo habent executionem paratam, quae possunt dici instrumenta guarentigiata; et in illis requiritur sigillum et est necessarie apponendum, cum ita se habeat consuetudo. Et ideo Christianissimus Rex Carolus, cognoscens dictum sigillum cancellariae contractuum Burgundiae esse magnae efficaciae et authoritatis voluit et mandavit Dominis de Parlamento Parisiensi et etiam in privilegium concessit Domino Duci Burgundiae, ejus avunculo, anno Domini 1383, quod obligationes receptae sub dicto sigillo mitterentur executioni contra debitores non obstante oppositione. Et adhuc Christianissimus Rex Ludovicus XII nobis Burgundis istud privilegium reservavit et intertenuit, ita, quod habemus in plurimis locis judices hujusmodi cancellariae, qui tantummodo de privilegiis hujus sigilli cognoscunt.

Digitized by Google

instrument beigefügte praeceptum executivum den Charakter einer richterlichen Handlung und somit gerade die Eigenschaft erhielt, ohne welche durch ein solches praeceptum das Recht der paraten Exekution nicht begründet werden konnte. Und nur in diesem Sinne konnten die französischen Juristen des XVI Jahrhunderts das Siegel als die Quelle der exekutorischen Wirksamkeit schriftlicher Vertragsurkunden bezeichnen.

Keineswegs aber läßt sich die Wirksamkeit der Siegelung so verstehen, als ob dadurch jemals der Gebrauch der Exekutivklausel verdrängt worden wäre. Denn gerade durch die Weglassung der Exekutivklausel würde die Siegelung selbst ihren eigentlichsten Sinn verloren haben [13]). Zudem brachte es die der französischen Gerichtsverfassung eigenthümliche scharfe Sonderung des eigentlichen Richteramts von der vollstreckenden

[13]) Das Amt der Siegler wurde erst zu Ende des XVII. Jahrhunderts aufgehoben; seitdem fällt die Funktion des Sieglers mit der des Notars zusammen und dieser ist daher ein wahrer judex chartularius im altitalienischen Sinn.

Digitized by Google

Gewalt mit ſich, daß kein Inſtrument, auch nicht einmal das von dem ordentlichen Richter in einer ſtreitigen Rechtsſache ergangene rechtskräftige Erkenntniß, zur Exekution gebracht werden konnte, ohne vorher zu dieſem Behuf in exekutoriſcher Form, d. h. mit Beifügung eines an die Diener der vollſtreckenden Gewalt (sergens, huissiers) gerichteten Exekutionsmandats, ausgefertigt zu ſeyn. Endlich würde für die ununterbrochene Fortdauer des Gebrauchs der Exekutivklauſel ſchon der Umſtand überzeugenden Beweis liefern, daß noch heutigen Tags die exekutoriſchen Urkunden Frankreichs genau nach derſelben Formel errichtet werden, welche den bisherigen Nachweiſen zu Folge ſchon vor beiläufig fünfhundert Jahren im Gebrauch geweſen ſeyn muß.

Da nehmlich der scelleur, welcher mit dem königlichen oder herzoglichen Siegel ſiegelte, als Delegat des königlichen oder herzoglichen Kanzlers, den König oder Herzog als Inhaber der höchſten Gerichtsbarkeit ſelbſt repräſentirte, ſo war es von jeher und iſt bis auf den heutigen Tag Sitte geblieben, das Exekutionsmandat im Namen des

Digitized by Google

Königs oder Herzogs auszufertigen [14]). Hiermit übereinstimmend lautet noch heutigen Tags die Formel der in Frankreich gebräuchlichen exekutorischen Urkunden folgendermaaßen:

Louis Philippe etc. Roi des Français etc. à tous présents et à venir salut. Faisons savoir, que par-devant le Notaire N. N. à N. furent présents etc. (ist der Vertrag in extenso einzurücken) ... Mandons et ordonnons à tous huissiers sur ce requis, de mettre ces présentes à exécution, à nos procureurs-généraux et royaux d'y tenir la main, et à tous commandants et autres officiers de la force publique de prêter main-forte quand ils en seront bien et legalement requis. En foi de quoi nous avons fait sceller ces présentes, que furent faites et passées à N. le .... et ont lesdites parties, après lecture faite, signé etc.

Ganz dieselbe Exekutivformel muß, wie vor Alters so noch heute, den rechtskräftigen Erkennt-

---

[14]) Vgl. Brewer Gesch. der franz. Gerichtsverfassung Bd. I. S. 400 ff.

Digitized by Google

niſſen beigefügt werden, ehe dieſelben vollſtreckt werden können.

§ 3.

Das Inſtitut der exekutoriſchen Urkunden hat ſich in Frankreich ſehr lange blos durch die Praxis der Notare und Gerichte erhalten. Es wird in den älteren Statuten und königlichen Verordnungen gewöhnlich nur gelegentlich und unter ſtillſchweigender Anerkennung der beſtehenden Praxis erwähnt. So z. B. in den coutumes von Bourges (Provinz Berry):

Item et aussi en matiere de execution faicte par vertu de lettres obligatoires confectes soubz le seel royal, ou par vertu dune sentence donnee par lesdicts juges ou autres juges royaulx, se il y a opposition formee au contraire par celui, qui est obligé, ou par celui, qui est condemne, esdicts cas celui, qui est trouvé avoir tort par sentence, composition, accord ou transaction, dobit amende a justice de soixante solz Parisis seulement selon la coustume, usance et commune observance: mais se autre personne, que l'oblige ou le condemne se oppose contre ladicte execu-

Digitized by Google

tion: il ny a audict cas aucune amende de justice a cause de ladicte opposition [1]).

Und in den Ordonnances du Roy Charles VIII sur le faict et ordre de la justice vom 11. Juli 1493:

Article LIV.

Des obligations faictes soubz seel Royal.

Item que toutes executions, qui se feront par vertu d'obligations faictes soubz seel Royal ou autre seel authentique dedans les fins et limites, ou il est authentique, que non obstant oppositions ou appellations quelzconques et sans prejudice d'icelle la main soit garnie reaulment et de faict et que par quelques inhibitions generales (si elles ne sont au cas particulier) que l'on ne differe de passer oultre [2]).

Nicht selten mag die Ausdehnung des exekutorischen Rechts auf Privaturkunden Veranlassung zur Aufnahme des Instituts in die Statuten gegeben haben.

---

[1]) Coustumes de la ville et septaine de Bourges tit. II. §. 27. Boerii comm. pag. 57.

[2]) Les Loix, Ordonnances etc. des Rois de France. Paris 1557. fol. 49.

Digitized by Google

Hierher gehören die ziemlich vollständigen Bestimmungen der coutumes von Orleans [3]), welche in der vorliegenden Gestalt wohl nicht älter sind, als aus der zweiten Hälfte des XV Jahrhunderts:

Vingt et uniesme chapitre. Des executions faictes par vertu de lettres obligatoires et sentences.

CCCXLVII.

Lettres obligatoires faictes et passees soubz seaulx royaulx ou autre seel autentique de court laye sont executoires et portent garnissement de main contre loblige.

CCCL.

Lettres obligatoires de constitution de rente, soit fonciere ou autre, sont executoires contre

---

[3]) Les coustumes des bailliage et prevoste d'Orleans et ressors diceulx. Lesquelles danciennete ont este vulgairement appellees les coustumes de Lorryz pource que Lorryz est une des chastellenies dudict bailliage, ou elles furent lors redigees par escript. Ein und zwanzig Kapitel mit fortlaufenden Paragraphen; in der Ausg. der Consuet. Aurel. Francof. 1598. fol. 127—145.

Digitized by Google

loblige pour les arreraiges, qui pourroient estre deubz, pour autant de temps, que laction personelle dure ....

CCCLX.

Lettres et gaigemens passez par autre notaire ou greffier que de court laye ne gisent en execution, si non quil y ayt debitis.

CCCLXVI.

Tous clercz prebstres et laycz, quant sont convenuz par devant le juge lay pour cognoistre ou nyer cedules faictes soubz leur seel ou seing manuel, ilz sont tenuz icelles cognoistre ou nyer par devant ledict juge lay et y respondre quant a la dicte cognoissance.

CCCLXVII.

Cedule privee et recogneue ou prouvee port garnison de main contre le debteur subject a la jurisdiction seculiere, qui a faict ladicte cedule, en tel maniere, que le debteur est tenu de consigner et garnir la main de justice du debt contenu en ladicte cedule; et jusques a ce, quil ait fourny, ne doit estre ouy a aucune exception et defense proposer ou alleguer. Toutesfoyes si icelles cedules estoient conditionelles et que la

Digitized by Google

condition importast cognoissance de cause, il sera au surplus a la discretion du juge, parties ouyes, ordonner de ladicte consignation.

CCCLXVIII.

Aucun notaire-tabellion ne peut valablement passer ne recevoir lettres ne contractz oultre leur chastellenie ou jurisdiction, sinon les notaires des chastelletz de Paris, Dorleans et de Montpellier: qui par privilege peuvent et ont accoustume recevoir et passer tous contractz par tout le royaulme de France.

Nach Rebuffe kam der Gebrauch exekutorischer Privaturkunden im pays de droit écrit noch im XV Jahrhundert nicht vor [4]).

§ 4.

Das erste allgemeine Landesgesetz, welches vollständige Bestimmungen über das exekutorische Recht der Vertragsurkunden enthält, ist die am 6. September 1539 publicirte Ordonnanz Franz' I über die Abkürzung der Processe. Durch dieselbe wurde denn auch das exekutorische Recht der Privaturkunden für alle Landestheile anerkannt.

---

[4]) Rebuffus de cedul. recogn. § 1. num. 43. pag. 115.

Digitized by Google

Ordonnance du Roy François sur le faict de la justice et abbreviation des proces. [1])

Article LXV.

De l'execution de lettres obligatoires soubs seaulx Royaulx.

Que lettres obligatoires, faictes et passees soubs seel Royal, seront executoires par tout nostre Royaume.

Article LXVI.

De l'execution des lettres obligatoires soubs seaulx autentiques.

Et quant à celles, qui sont passees soubs autres seaulx autentiques, elles seront aussi executoires contre les obligez ou leurs heritiers en tous lieux, ou il seront trouvez demourans, lors de l'execution et sur tous leurs biens, quelque part qu'ils soyent assis ou trouvez: pourveu qu'au temps de l'obligation ils feussent demourans au

---

[1]) Les Loix, Ordonnances et Edicts du Treschrestien Roy François etc. Paris 1557. fol. 63 bis 71 b. — Die hieher gehörigen Artikel dieser Ordonnanz sind auch in den beiden oben angeführten Traktaten des Rebuffe abgedruckt.

Digitized by Google

dedans du destroict et jurisdiction, ou lesdicts seaulx sont autentiques.

Article LXVII.

De mettre es contracts les demourances des contrahans.

Et à ceste fin tous notaires et tabellions seront tenus mettre par leurs contracts sur peine de privation de leurs offices et d'amende arbitraire les lieux des demourances des contrahans.

Article LXVIII.

Que garnison se fera es mains du creancier par provision.

Et si contre l'execution desdictes obligations y a opposition, sera ordonné, que les biens prins par execution (et autres, s'ils ne suffisent,) seront vendus et les deniers mis en ses mains, non obstant oppositions ou appellations quelsconques, par provision, en baillant par le creancier bonne et suffisante caution et se constituant achepteur de biens de justice.

Article LXIX.

Si on procede par action en lieu d'execution, n'y aura qu'un default.

Et ou les creanciers n'auront commencé par execution, mais par simple action, si l'expoict

Digitized by Google

est libellé et porte la somme, pour laquelle on veult agir, y aura gaing de cause par un seul default avec le sauf selon la distance des lieux, en faisant apparoir par le creancier du contenu en sa demande par obligation autentique comme dessus.

Article LXX.

Si l'exploict n'est libellé, y aura deux defaulx.

Si l'exploict n'est libellé, par deux defaulx y aura pareil prouffit, pourveu que par le premier soit inseree la demande et conclusion du demandeur et qu'il informe comme dessus.

Article LXXI.

Forme de poursuyvir l'heritier d'un obligé.

L'heritier ou maintenu estre heritier de l'obligé, adjourné par exploict libellé devement faict et recordé, pour veoir declarer executoire l'obligation passee par son predecesseur, s'il ne compare, sera par un default avec le sauf selon la distance du lieu ladicte obligation declaree executoire par provision sans prejudice des droicts dudict pretendu heritier au principal; et si l'exploict n'est libellé, ce sera par

Digitized by Google

deux defaulx, pourveu que par le premier soit inseree la demande et libelle du demandeur comme dessus.

Article LXXII.

Le maintenu heritier pourra estre executé à la charge des dommages et interests.

Et pourra neantmoins le creancier, si bon luy semble, faire executer lesdictes obligations ou condamnations contre le maintenu heritier, sans preallablement faire faire ladicte declaration de la qualité d'heritier, de laquelle suffira informer par le proces, si elle est deniee, à la charge des depens, dommages et interests, si ladicte qualité n'est verifiee.

Article LXXIII.

Peine des mal executans et des obligez non satisfaisans.

Et aussi d'une amende envers nous et la partie que nous voulons estre imposee pour la calumnie des demandeurs en matiere d'execution, s'ils succumbent, comme aussi contre les obligez, qui n'ont fourny calumnieusement et sans cause au contenu de leur obligation dedans le temps sur ce par eulx promis et accordé.

Digitized by Google

Article LXXIV.

Perquisition de meubles en execution tollue.

Qu'en toutes executions, ou il y a commandement de payer, ne sera besoing pour la validité de l'exploict de criees ou autre saisie et mainmise de personne ou de biens faire perquisition de biens meubles, mais suffira dudict commandement devement faict à personne ou à domicile.

Article LXXV.

Contre ceulx, qui seront en demeure de satisfaire.

Et encores ne sera disputé de la validité ou invalidité dudict commandement, quand il y aura terme certain de payer par les obligations ou par les sentences jugemens ou condamnations devement signifiees.

Article LXXXXII.

Touchant la congnoissance des cedules.

Que toutes parties, qui seront adjournees en leurs personnes en congnoissance des cedules, seront tenuz icelles congnoistre ou nier en personne ou par procureur specialement fondé par devant le juge seculier, en la jurisdiction duquel

Digitized by Google

seront trouvez, sans pouvoir alleguer aucune incompetence, et ce avant que partir du lieu, ou lesdictes parties seront trouvees: autrement lesdictes cedules seront tenues pour confessees par un seul default et emporteront hypotheque du jour de la sentence, comme si elles avoyent esté confessees.

Article LXXXXIII.

Quand une cedule deniee aura hypotheque.

Si aucun est adjourné en congnoissance de cedule, compare ou conteste deniant sa cedule et par apres elle est prouvee par le creancier, l'ypotheque courra et aura lieu du jour de ladicte denegation et contestation.

§. 5.

Ueber das Verfahren, welches ſich zum Theil aus den vorſtehenden geſetzlichen Beſtimmungen von ſelbſt ergibt, wollen wir mit ſteter Rückſicht auf die ſehr vollſtändigen Mittheilungen Rebuffe's nur die Hauptpunkte zuſammenſtellen.

Die Gleichſtellung exekutoriſcher Vertragsurkunden mit rechtskräftigen Erkenntniſſen bildet auch hier den Mittelpunkt, parate Exekution den Endzweck alles Verfahrens.

Digitized by Google

Wie nun in Frankreich die Vollstreckung eines in exekutorischer Form ausgefertigten Erkenntnisses nicht bei dem Richter, sondern unmittelbar bei dem Diener der vollziehenden Gewalt nachgesucht wurde, so konnte auch die Vollstreckung einer exekutorischen Vertragsurkunde regelmäßig mit Umgehung des Richters unmittelbar bei dem Exekutor nachgesucht werden, commencer par exécution.

Dem Exekutor stand aber keinerlei richterliche Funktion zu und es war deßhalb nicht möglich, die Berichtigung irgend eines der richterlichen Kognition bedürftigen Umstands, von welchem etwa die Geltendmachung des exekutorischen Rechts in einem gegebenen Falle abhängig war, nach dem Beispiel der italienischen Praxis [1]) im Laufe des Exekutionsverfahrens nachzuholen. In solchen Fällen konnte daher mit Betretung des streng exekutorischen Wegs der Anfang nicht gemacht, es mußte vielmehr vorerst der ordentliche Richter angegangen werden, — commencer par

[1]) Vgl. oben Kap. II. § 13. S. 129; — § 14. S. 134, S. 137, 138; — § 17. S. 165, 166.

Digitized by Google

simple action, — um vor demſelben das der paraten Exekution entgegenſtehende Hinderniß zu beſeitigen und die Urkunde auch für den gegebenen beſonderen Fall für exekutoriſch erkennen zu laſſen.

Hieher gehört unter anderen der häufig vorkommende Fall der Geltendmachung des exekutoriſchen Rechts gegen den Erben des urſprünglich Verpflichteten. Nach einer uralten Rechtsparömie: le mort saisit le vif, mais le vif ne saisit pas le mort [2]) war parate Exekution wohl dem Erben des urſprünglich Berechtigten, nicht aber gegen den Erben des urſprünglich Verpflichteten geſtattet. Zwar hatte Franz I durch Artikel 72 der obenangeführten Ordonnanz vom Jahr 1539 in dieſer Beziehung eine Neuerung eingeführt, indem er verordnete, daß der Gläubiger gegen denjenigen, welchen er als Erben des urſprünglich Verpflichteten in Anſpruch nehmen will (le maintenu

[2]) Vgl. coustumes d'Orleans, chap. XXI art. 349. (Ed. Frcf. 1598 fol. 142): ... par ce que par la coustume gardee audit bailliage et prevoste Dorleans le mort execute le vif et non econtra.

heritier), allerdings mit der Exekution anfangen darf, ſo daß die Frage, ob dieſes der wahre Erbe ſey, erſt nach vollzogener Beſchlagnahme der Exekutionsobjekte und nur auf ausdrücklichen Widerſpruch des Exequirten von dem Exekutor an den Richter verwieſen und von dieſem entſchieden wurde. Allein ſchon Heinrich II hob durch ein Edikt vom 4. Merz 1549 [3]) den Artikel 72 auf und ſtellte das alte Recht wieder her:

Henry, par la grace de Dieu Roy de France: Sçavoir faisons etc.: Que nous ayans faict veoir en nostre conseil privé avec bonne et notable assistence certaines remonstrances à nous faictes par noz amez et feaulx, les gens de nostre cour de parlement à Paris: Sur aucuns poincts et articles des ordonnances faictes par le feu Roy nostre sire treshonoré seigneur et pere, que Dieu absolve, à Villiers costerets au mois d'Aoust mil

---

[3]) Edict du Roy contenant abrogation, ampliation, correction et modification d'aucuns articles des ordonnances faictes par le feu Roy en l'an mil cinq cens trenteneuf: avec l'arrest de la cour de parlement ... publié en parlement le quatriesme jour de Mars mil cinq cens quaranteneuf.

Digitized by Google

cinq cens trenteneuf: Sur le faict de la justice et publiees en ladicte cour le seiziesme (leg. sixiesme) jour de Septembre audict an en suyvant:

Avons par advis et deliberation de nostredict conseil privé declairé, statué et ordonné, declairons statuons et ordonnons, que la soixante et douze, quatre vingts et un, six vingts et cinq, et six vingts et sixiesme articles desdicts ordonnances n'auront plus de lieu: Et ne seront doresenavant aucunement observees: Mais se reigleront les juges et les parties selon et ainsi qu'ils faisoyent au paravant icelles ordonnances [4]).

Ein zweiter, noch häufiger vorkommender Fall der Nothwendigkeit des commencement par simple action trat bei der Exekutivklage aus Privaturkunden ein, weil hier der Vollſtreckung immer ein gerichtliches Rekognitionsverfahren vorhergehen mußte [5]).

---

[4]) Les Ordonnances et Edicts du Roy Treschrestien Henry, deuxiesme du nom, depuis son advenement à la couronne jusques à present. Paris 1557. fol. 49 b.

[5]) Gleicherweiſe bei der Exekutivklage aus einer illi-

Endlich war dem Gläubiger das commencement par simple action auch außer den Fällen der Nothwendigkeit natürlich unverwehrt.

Dieſe simple action nun iſt nichts Anderes, als die oben ſchon mehrmals erwähnte actio in factum, ihrem Gegenſtande nach auf das exekutoriſche Recht des Klägers, auf die Exequibilität der Vertragsurkunde, beſchränkt, mithin eine wahre Exekutivklage. Der Zweck derſelben war daher nicht auf den Nachweis und die richterliche Anerkennung der materiellen Rechtmäßigkeit des der Urkunde zu Grund liegenden Hauptgeſchäfts, ſondern auf den Nachweis und die richterliche Anerkennung des Rechts auf exekutive Beitreibung der verſprochenen Leiſtung gerichtet; — der Beklagte wurde nicht zur Verhandlung über das Hauptrecht vorgeladen, ſondern: pour voir declarer exécutoire l'obligation [6]), ad videndum pronunciari instrumentum exequen-

quiden öffentlichen Urkunde, weil hier mit dem Liquidationsverfahren begonnen werden mußte. Rebuffus ad art. LI Vgl. IX. num. 8. sqq. pag. 47.

[6]) Ordonnance de François I. Art. 71.

dum, s. executioni mandandum, s. executionem mereri [7]).

Den allgemeinen Klagegrund bildet die Behauptung der exekutorischen Eigenschaft der Urkunde überhaupt, den besonderen die Behauptung derjenigen Thatsache, deren rechtliche Ungewißheit im gegebenen Fall der paraten Exekution entgegensteht, also z. B. die Behauptung, daß der Beklagte der Erbe des ursprünglich Verpflichteten sey.

Durch die unmittelbar nur gegen das behauptete exekutorische Recht des Klägers gerichtete Vertheidigung des Beklagten mittels peremtorischer Einreden nach Maaßgabe der oben [8]) entwickelten italienischen Doktrin konnten jedoch mittelbar auch Verhandlungen über das Hauptrecht herbeigeführt werden.

§ 6.

Das Verfahren selbst war unbestimmt sum-

---

[7]) Vgl. oben Kap. II. § 17. S. 166; auch Statut von Padua, Belegst. S. 252, — Statut von Rom Lib. I cap. 75. Belegst. S. 308, — Statut von Lucca Lib. I cap. 122, Belegst. S. 338.

[8]) Kap. II. § 15. S. 148—152.

mariſch [1]), d. h. ſo bündig, als es die Beſchränkung auf den beſtimmten Gegenſtand des Streits und die Erörterung der in Beziehung auf dieſen Gegenſtand in jedem gegebenen Fall zur Verhandlung gezogenen Fragen geſtattete.

Charakteriſtiſch iſt die Beſtimmung, daß die erſte Ladung des Beklagten zur Verhandlung der Sache ſofort peremtoriſch ſeyn ſoll [2]).

Im Verhandlungstermin hat der Kläger zum Beweis ſeiner Klage die Urkunde, deren Exequibilität er behauptet, zu produziren [3]); der Be-

---

[1]) Rebuffus de litt. obl. ad art. LXX. gl. I num. 10 pag. 97; — ad art. LXXI gl. I num. 17. p. 98.

[2]) Ordonnance de François I. Art. 69: y aura gaing de cause par un seul default; — art. 71: sera par un default ... ladicte obligation declaree executoire.

[3]) Art. 69 cit.: en faisant apparoir par le creancier du contenu en sa demande par obligation autentique. Rebuffus ad h. art. gl. V num. 7 sqq. pag. 83. — Es wurde aber ein Urkundenbeweis nur über den Hauptpunkt, nehmlich über die Exiſtenz der exekutoriſchen Verpflichtung verlangt; der außerdem noch erforderliche Beweis, z. B. zum Behuf der Liquidation, konnte mit jeder Art von Beweismitteln geführt werden; Rebuffus ad Art. LIV. gl. IX. num. 11 pag. 47.

Digitized by Google

klagte hat alle an ſich zuläſſigen Einwendungen gegen die Exequibilität vorzubringen [4]). Für zuläſſig galten dem Princip nach jene Einreden, welche auch nach einem rechtskräftigen Erkenntniß noch vorgeſchützt werden können [5]); in der That aber ließ man alle denkbaren Einreden zu [6]), ſo jedoch, daß ſie den Fortgang des Exekutivverfahrens nur inſofern hemmen konnten, als ſie in continenti, d. h. innerhalb einer vom richter-

---

[4]) Rebuffus ad Art. LXX. gl. I. num. 10 p. 97; — ad Art. LXXI. gl. I. num. 17 pag. 98.

[5]) Rebuffus ad Art. LIV. ordinationum Caroli VIII gl. IX. num. 41—42 pag. 50: Item possunt opponi aliae exceptiones, quae opponuntur post sententiam, de quibus per glossam et doctores in L. 1 C. de jur. et facti ignorantia ..., quia alibi Bartolus ait, quod executio instrumenti aequiparatur executioni sententiae, ... et Baldus .. et Ludovicus Romanus ...; quod est notandum, ut a sententia et re judicata arguamus ad istud instrumentum obligatorium.

[6]) Rebuffus l. c. num. 6—44 pag. 46—51. — Ausnahmen bilden jedoch manche Statuten, indem ſie nur gewiſſe Einreden zulaſſen, z. B. von Montpellier und von Nimes (Provinz Languedoc); Rebuffus l. c. num. 26 in f. pag. 49.

Digitized by Google

lichen Ermeſſen abhängigen Friſt, erweislich waren [7]).

War nun der gehörig [8]) vorgeladene Beklagte im Verhandlungstermin ungehorſam ausgeblieben, der Kläger aber mit ſeinen Beweismitteln erſchienen, ſo wurde der Beklagte nach Maaßgabe der Beweisführung des Klägers [9]) ſofort in contu-

---

[7]) Rebuffus l. c. num. 2, num. 17—19, num. 23, num. 27. num. 35; — Idem ad art. LXX. gl. I. num. 12 pag. 97; — Idem ad art. LXXI. gl. I. num. 2, num. 17.

[8]) Dazu gehört die Bekanntmachung des Beklagten mit dem Inhalte der Klage (exploict libellé), die Zuziehung von Zeugen (exploict recordé), die Androhung des Präjudizes; cf. Rebuffus ad art. LXIX. gl. IV. pag. 94—95.

[9]) Wobei jedoch der bloſe Ungehorſam des maintenu heritier hinreichte, denſelben par provision zur Erfüllung der von ſeinem angeblichen Erblaſſer eingegangenen exekutoriſchen Verbindlichkeit zu verurtheilen; art. 71 cit. und Rebuffus ad h. art. gl. I. num. 4. pag. 97., gl. III. num. 1 et 2. pag. 99. Nur wenn der maintenu heritier erſchienen war und die behauptete Eigenſchaft als Erbe ausdrücklich geläugnet hatte, mußte der Kläger den Beweis dieſer Eigenſchaft liefern (Rebuffus ad art. LXXI gl. III. ad art. LXXIII. gl. III. num. 2. pag. 101), was durch eine eidliche interrogatio in jure, aber

maciam verurtheilt, d. h. die von dem Kläger produzirte Urkunde gegen den Beklagten für exekutorisch erklärt. Dasselbe geschah, wenn der Beklagte im Verhandlungstermin lediglich Einreden opponirt hatte, welche entweder an sich irrelevant, oder zwar relevant, aber nicht in continenti erweislich waren [10]). Die Verurtheilung geschah in allen Fällen, in welchen nicht ein unbedingtes Geständniß des Beklagten vorhergegangen war, mit ausdrücklichem Vorbehalt des Hauptrechts, par provision [11]). Die Vollstreckung dieses Erkenntnisses konnte durch keine Appella-

---

auch auf jede andere Weise geschehen konnte; Rebuffus ad art. LXXI. gl. I. num. 17. pag. 98. ad art. LXXII. gl. III. num. 3. pag. 102.

[10]) Rebuffus ad art. LIV. gl. IX per tot. (»tamen si exceptio opposita non probetur in continenti, judex debet debitorem condemnare, saltem per modum provisionis, ad garniendum.« num. 17. l. c.)

[11]) Art. 71: par provision sans prejudice des droicts au principal. Vgl. Art. 54. der Ordonn. Karls VIII. verb. et sans prejudice d'icelles la main soit garnie. Art. 68. verb. par provision. — Rebuffus ad art. LXX. gl. I. num. 10—12. pag. 97.

Digitized by Google

tion aufgehalten werden [12]). Wenn daher der Beklagte nicht Zahlung leiſtete, in welchem Falle er von dem Kläger Kaution für die Zurückerſtattung des etwa indebite Gezahlten verlangen konnte, ſo mußte er ſich die Ausſpfändung gefallen laſſen, garnir la main de justice; zur Feilbietung und zum Verkauf der abgepfändeten Gegenſtände konnte aber nicht eher geſchritten werden, bis der Kläger die ebenbezeichnete Kaution geleiſtet hatte [13]). Leiſtete er dieſe nicht, ſo wurden die Pfänder bis zum Ausgange des Streits über das Hauptrecht ſequeſtrirt.

Sobald der Beklagte garnirt hatte, war der Exekutivprozeß beendigt. Der Anſpruch auf Zurückvergütung der geleiſteten Zahlung oder auf Frei-

---

[12]) Art. 54. non obstant ... appellations quelzconques. Art. 68. — Rebuffus ad art. LIV gl. X pag. 52 - 53; ad art. LXVIII. gl. VI. pag. 82.

[13]) Art. 68: en baillant le creancier bonne et suffisante caution. — Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 2, 3. pag. 46. ad art. LXVIII. gl. VII. pag. 82, 83. — Idem in tract. de sententiis executoriis non obstantibus oppositionibus et appellationibus in hoc Franciae Regno exequendis, art. I. gl. XV. (Comment. in constitutiones regias. Lugd. 1581. pag. 196, 197.)

Digitized by Google

gebung der abgepfändeten Gegenstände konnte nicht nur durch eine selbstständige Klage, sondern auch durch Fortsetzung des in judicio executivo begonnenen Verfahrens über die in continenti nicht erwiesenen Einreden geltend gemacht werden; im letzteren Fall nahm das weitere Verfahren den Charakter des ordentlichen Prozesses an [14]).

§ 7.

Die Zulässigkeit des commencement par exécution, der paraten Exekution im eigentlichsten Sinne des Worts [1]), setzt immer eine Urkunde in vollkommen glaubwürdiger, exekutorischer Form voraus, deren Inhalt so beschaffen ist, daß er als Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntnisses gedacht ohneweiters vollstreckbar wäre [2]).

---

[14]) Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 44. pag. 51. ad art. LXX. gl. I. num. 10.

[1]) S. oben Kap. II. § 13. S. 128, 129.

[2]) Hieher gehört besonders vollkommene Liquidität. Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 8. pag. 47: Et quamvis id dicatur liquidum, quod sine morosa dilatione probari potest ..., tamen, ut instrumentum executionem habeat, oportet, quod omnino sit liquidum et certum ex inspectione instrumenti sine aliqua dilatione: ut

Digitized by Google

Der Gläubiger, welcher ein ſolches Inſtrument vollſtrecken laſſen will, wendet ſich unmittelbar an den Exekutor (sergent, huissier) [3]). Dieſer fordert den Schuldner vorerſt zur Zahlung auf. Erfolgt die Zahlung nicht, ſo wird der Schuldner von dem Exekutor mit Zuziehung zweier

---

pone, quod aliquis instrumento regio sigillo signato promisit mihi sarcire damna ..., ex illo instrumento non habebo executionem antequam de damno appareat liquido et antequam judex declaret, quid, quale quantumve sit, per sententiam.

[3]) Rebuffus ad art. LIV. gl. IX. num. 2. pag. 46: Unde apparitor inprimis praecipit debitori, ut solvat summam contentam in instrumento obligatorio; et si pars non solvat vel se opponat, serviens aures habet obtusas, donec habeat pignora et bona debitoris, quae postquam habuerit diem dicit certam opponenti coram judice competente, ad quem cognitio oppositionis pertinebit, ad dicendum causas oppositionis, quas si allegaverit et brevi decidi non possunt, requirit creditor, ut debitor interim pendente processu solvat per modum provisionis sive garniat praestita cautione de restituendo...; si debitor tunc non alleget justam causam in contrarium, condemnabitur à garnir par maniere de provision; et demum executio fiet non obstante partis appellatione.

Digitized by Google

Zeugen sofort gepfändet; die abgepfändeten Gegenstände werden, sofern Einwendungen gegen die Exekution nicht vorliegen, öffentlich verkauft.

Hat jedoch der Schuldner entweder bei der Pfändung oder doch noch vor dem Vollzuge des Verkaufs Einwendungen gemacht, so hält der Exekutor zwar nicht mit der Wegnahme der Pfänder, wohl aber mit dem Verkaufe ein und kündigt beiden Theilen sogleich den Termin zur Verhandlung über die vorgebrachten Einwendungen vor dem ordentlichen Richter an. Hier ist nun das Verfahren dasselbe, welches im Falle des commencement par simple action stattfindet. Der Richter erkennt, wenn die vorgebrachten Einreden an sich irrelevant sind, sofort unbedingt auf Fortsetzung der Exekution; wenn sie an sich gegründet sind und in continenti erwiesen werden, unbedingt auf Aufhebung der Exekution; wenn sie in continenti nicht erwiesen werden und der Kläger Kaution für dereinstige Zurückvergütung leistet, auf Zahlung respektive Fortsetzung der Exekution par provision.

Der Schuldner kann sich aber gegen ein exekutorisches Instrument nicht nur durch Einreden,

Digitized by Google

ſondern auch durch eine Vorklage auf Ungültigkeits-Erklärung, cancellato, ſichern. Zur Begründung dieſer Klage kann Alles dienen, was die Ungültigkeit oder Erlöſchung der in der Urkunde eingegangenen Verpflichtung darzulegen geeignet iſt. Durch den Streit über die Cancellation darf jedoch der Exekutivprozeß nicht aufgehalten werden; der Schuldner muß daher bis zum Ausgang jenes Streits par maniere de provision zahlen oder Pfänder geben [4]).

§ 8.

Die Exekutivklage aus Privaturkunden iſt eine simple action, deren ſpecieller Klagegrund auf der Behauptung der Aechtheit der Urkunde beruht. Die beſondere Aufgabe des Klägers iſt daher der Nachweis dieſer Aechtheit, welcher regelmäßig durch Vorladung des Beklagten zur Rekognition oder Diffeſſion [1]) verſucht wurde. Hierdurch ergaben ſich von ſelbſt jene Formen des Verfahrens, welche noch heutigen Tags den gemeinen teutſchen Exekutivprozeß charakteriſiren.

---

[4]) Rebuffus l. c. num. 45 sqq. pag. 51.

[1]) cognoistre ou nyer.

Digitized by Google

Dieß kann nicht anſchaulicher und bündiger nachgewieſen werden, als indem wir die Beſchreibung, welche Rebuffe von der Gerichtspraxis ſeiner Zeit liefert, mit deſſen eigenen Worten wiedergeben:

Praxis curiarum super recognitione cedulae.

Notandum est, quod solent practicantes in hac Parisiensi civitate hac uti praxi:

Primo porrigunt supplicationem judici contra partem, in qua narrant mutuum vel aliam causam debiti.

Secundo illi supplicationi adjungunt cedulam et petunt a judice, quod talis, qui mutuum recepit, ut apparet per suam cedulam, veniat ad confitendum dictam cedulam vel negandum.

Tertio concedit judex supplicanti, ut citetur illa pars.

Quarto citatur et in citatione mittitur exemplum [cedulae], quod copiam vocant; et ad illum effectum citatur, ut veniat ad confitendum vel negandum etc.

Quinto si compareat pars citata, confiteri tenebitur aut negare, quod scripsit; si eam se scripsisse negaverit pars, [actor] petit diem ad

Digitized by Google

verificandum illam scripturam: sic *à verifier deüement la dicte cedule estre escripte de sa main*, quod fit vel per testes vel per comparationem [literarum] ut superius dictum extitit.

Sexto si non comparuerit, ob contumaciam pro recognita habebitur et confessata: .. non ipso jure .., sed requiritur judicis pronunciatio.

Septimo si pars scripsisse confiteatur et nihil contra cedulam dicat, (quod rarum est,) quominus solvere debeat, ad solvendum condemnatur; si vero dicat, se scripsisse seductus dolo aut metu, condemnabitur ad garniendum pendente processu: salvis suis exceptionibus, quas in processu principali probare poterit [2]).

---

[2]) Rebuffus de chirographorum et cedularum recognitione, ad art. XCII. num. 2. pag. 122.

Digitized by Google

Sechstes Kapitel.

Teutschland.

§ 1.

Schriftsteller:

1. MATTHIAS COLERUS [1]) Tractatus de processibus executivis in causis civilibus et pecuniariis, ad practicam fori Saxonici passim accommodatus, beendigt am 1. Februar 1586.

   Ausgabe, nach welcher ich citire: Editio secunda ex ipsius auctoris recognitione diligentissimâ in plurimis locis auctior et castigatior. Jenae 1595 f. [2])

---

[1]) Geb. 1530 zu Altenburg, war Professor zu Leipzig und Jena, wo er im J. 1587 starb.

[2]) Auch Jenae 1605. 1615. f. Francof. 1651 f. Colon. 1686. 1718. f.

Digitized by Google

2. PETR. FRIDERUS, Mindanus, de mandatis et monitoriis judicialibus sine clausula tractatus, beendigt im Januar 1596.

   Ausgabe: Frcf. 1596. 8. als zweiter Theil des Tractats de processibus, mandatis et monitoriis in imperiali Camera extrahendis et de supplicationibus, quae pro iis fiunt, rite formandis. Francof. 1595. 8.

3. PETR. HEIGIUS (+ 1599) Quaestiones juris tam civilis quam Saxonici. P. II. Qu. 7: de executione parata ex instrumentis publicis et privatis propter conventiones partium, statuta aut consuetudines etc.

   Ausgabe: s. l. 1601. 4. P. II. p. 66—82.

4. LUDOV. GILHAUSEN Arbor judiciaria s. processus absolutissimus tam civilis quam criminalis. Cap. X. De processu executivo.

   Ausgabe: Francof. 1625. f. p. 623—666.

5. **David Mevius** (+ 1670) Commentarius von wucherlichen Contracten, (zu des Herzogthums Bremen Conſtitution von den wucherlichen Contracten vom 9. December 1580,) Th. I Cap. 3: Von dem Schuld- und Credit-Weſen in Teutſchland.

Digitized by Google

Ausgabe: Erfurt 1729. 4. S. 21 — 37.

6. JO. HENR. DE BERGER Electa processus executivi, geschrieben im J. 1702 als Dissertation (Resp. Jo. Henr. de Karass); ejusdem supplementa ad electa proc. exec.

Ausgabe: Lipsiae 1745. 4. mit Additionen von Thomas Hayme.

7. **Aug. Sig. Kori**: Ueber den Executivproceß und die Wiederklage nach gemeinem und Königl. Sächsischem Recht. Dresden 1813. Jena 1826. 8.

8. **C. J. A. Mittermaier**: Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß. Beitrag IV, (Bonn 1826.) § V: Der deutsche Executivproceß.

9. (Fleischmann.) Einige Worte über den Executivproceß und dessen Executionsinstanz, besonders in hypothekarischen Schuldsachen. Coburg 1829. 8.

10. Außerdem sind noch die zahlreichen Lehr- und Handbücher des teutschen Civilprozesses, die Kommentare der teutschen Juristen sowohl zu den Gesetzsammlungen des gemeinen Rechts

Digitized by Google

als der teutſchen Partikularrechte wichtig [3]). Rutger Rulant's Thesaurus juris executivi [4]) enthält außer einem Abdruck des Traktats von Aſſinius [5]) gar nichts Brauchbares.

§ 2.

In Teutſchland hat wohl keine Partie des geſammten Rechtsgebiets den Einfluß des römiſchen Rechts ſo lange abgewehrt, als das Schuldrecht. Daſſelbe wurde noch das ganze XV. Jahrhundert hindurch, unverfälſcht von den Subtilitäten des römiſchen Rechts, im ganzen Reich mit Feuer und Schwert gehandhabt [1]). Erſt gegen Ende des XV. Jahrhunderts begann die Verzweiflung der teutſchen Nation über dieſe volksthümliche Herrlichkeit ernſthaft zu werden [2]): zahlreiche Verſuche, die ſchwer auf dem Volke laſten-

---

[3]) Ich glaubte aus der großen Maſſe von Literatur, welche hier angeführt werden könnte, nur ſo viel herausgreifen zu dürfen, als zur Charakteriſtik unſeres Gegenſtands eben hinreicht.

[4]) Francof. 1624. f.

[5]) Siehe oben S. 48. Num. 4.

[1]) Datt de pace publica, Lib. I; — Gerſtlacher corp. jur. germ. Bd. I. Cap. IV. S. 153 ff.

[2]) Gerſtlacher a. a. O. S. 165—167.

Digitized by Google

de Unsitte der übermüthigsten Eigenmacht, welche den damaligen Zustand des teutschen Schuldwesens charakterisirt, theils leidlich zu organisiren [3]), theils abzuschaffen [4]), waren fast spurlos vorübergegangen, bis endlich durch die bekannten Reichsgesetze vom Jahr 1495 eine durchgreifende Reform des bisherigen Zustandes wenn auch nicht unmittelbar herbeigeführt, doch wenigstens kräftig vorbereitet wurde. Der ewige Landfriede, im Jahr 1495 zu Worms aufgerichtet, zerschnitt den Hauptnerv des damaligen teutschen Schuldrechts durch Abschaffung des Faust- und Fehde-Rechts und gab dadurch wenigstens Raum für einen besseren Rechtszustand; die gleichzeitige Errichtung eines stabilen Reichskammergerichts gewährte die Möglichkeit rechtlicher Hülfe zum Ersatz der bisherigen Eigenmacht; die Kammergerichtsordnung, durchweg auf die Grundsätze des gemeinen Rechts im Sinne der damals in den romanischen Län-

[3]) Hieher gehört noch die Reformation Friedrichs III. vom J. 1442.

[4]) Durch Aufrichtung verschiedener Landfrieden, welche aber freilich gerade im Schuldrecht allzuwenig Ernst zeigten und noch weniger befolgt wurden.

Digitized by Google

dern herrſchenden Praxis gegründet, zeigte Art und Weiſe, wie jene rechtliche Hülfe gegen den ſäumigen Schuldner zu erlangen ſey. Durch alle Geſetze dieſes Reichstags geht die Vorausſetzung hindurch, daß das römiſche Recht, freilich in ſeiner damals ſchon vielfach moderniſirten Geſtalt [5]), als gemeines Recht im ganzen teutſchen Reiche verbindlich ſey.

Als ein gemeinrechtliches Inſtitut aber hatte ſich das Inſtitut der guarentigiirten Urkunden damals ſchon überall in den romaniſchen Ländern geltend gemacht, ſo daß ſchon Covarrubias (im J. 1552) daſſelbe als einen gemeinen Gebrauch nicht nur Italiens, ſondern der ganzen Chriſtenheit bezeichnen konnte [6]); als ein gemeinrechtliches Inſtitut war es daher ſtillſchweigend mit der Reception des römiſchen Rechts überhaupt auch in Teutſchland aufgenommen. Daſſelbe iſt demnach nicht als ein Ueberbleibſel der verdrängten einheimiſchen Rechte, ſondern als ein Anhängſel der

---

[5]) Vgl. oben Kap. I. § 9.

[6]) Covarruvias var. resolut. Lib. II. Cap. XI. Belegſt. S. 389.

Digitized by Google

eindringenden fremden Rechte in Teutschland aufgekommen [7]), so zwar, daß die Eigenthümlichkeiten des Einheimischen erst untergegangen seyn mußten, ehe das Fremde an die leer gewordene Stelle eintreten konnte.

In dieser Beziehung ist folgende Bestimmung des Landfriedens von 1495, durch welche die vertragsmäßige Verpflichtung des Schuldners zur Duldung eigenmächtiger und gewaltthätiger Angriffe des Gläubigers für alle Zeiten verboten und unkräftig erklärt wurde, von großer Wichtigkeit:

„Es soll auch wider diesen Frieden nyemandt mit Verschreibung, Pflichten, oder in eynich ander Wege verpunden seyn oder werden,

---

[7]) Diese in neuester Zeit ganz vergessene Wahrheit ist sehr bestimmt schon in einer Schrift vom J. 1744 ausgesprochen, welche mir eben erst in die Hände fällt und deßhalb oben S. 5. Note 1. nicht angeführt werden konnte: Henr. Theod. Breitensteinii Commentatio de confessione civili. Helmstadii 1744. §. LVIII. nota p. pag. 136: Ex Italia ad nos pervenit processus executivus, Romanis incognitus, qui innititur instrumento guarentigiato, quod paratam habet executionem.

Digitized by Google

die Zeit diß Land-Friedens, wann wir solichs alles in Krafft unser Kuniglichen Oberkait Krafftloß und unpündig erkennen und erklären; doch sol dasselbig in andern Stükken, Punkten und Artiklen derselben Verschreibung, Pflicht oder Verpüntnüß jrer Innhalt unverletzlich und unschädlich seyn, und sol dieser Land-Frieden nyemandt an seiner aufrichtigen Schuld-Verschreibung nemen oder geben, geben oder nemen.“ [8])

Indem wir nun glauben, die Geschichte des Instituts der exekutorischen Vertragsurkunden und somit des Exekutivprozesses in Teutschland mit der Epoche der Reichsgesetzgebung von 1495 beginnen zu müssen, so haben wir vorerst einigen Zweifeln und Mißverständnissen zu begegnen, welche sich hierüber nach verschiedenen Seiten erheben könnten.

Auf der einen Seite nehmlich könnte geltend gemacht werden, daß die Kenntniß und das praktische Ansehen des römischen Rechts und der aus dem Einflusse desselben hervorgegangenen moder-

[8]) N. Samml. der Reichsabsch. Th. II. S. 5. §. 9; — Bergmann Corp. jur. jud. S. 10.

Digitized by Google

nen Institute der romanischen Nachbarländer auch wohl im Schuldrecht in einzelnen Theilen Teutschlands schon längere Zeit vor dem Jahr 1495 befestigt gewesen sey, daß daher das Institut der guarentigiirten Urkunden, sofern die Einführung desselben in Teutschland von der Reception des römischen Rechts abhängig gemacht werden wolle, schon früher, wenn auch nicht als etwas Gemeingültiges im Reiche, doch als etwas Partikularrechtliches in der Territorialpraxis, in Land- und Stadt-Rechten, vorgekommen seyn dürfte. Eine solche Möglichkeit läßt sich allerdings nicht bestreiten: insbesondere konnten die gelehrten Juristen Teutschlands der Bekanntschaft mit der italienischen Doktrin kaum entgehen; und im bürgerlichen Verkehr mußte wenigstens die Bekanntschaft mit der ausländischen Urkundenform aller Art nicht nur in den Grenzgegenden, sondern auch in den entlegeneren teutschen Handelsstädten frühzeitig vorkommen. Ein Beispiel aus einer Trierschen Urkunde vom Jahr 1405 führt Mittermaier [9]) an, indem er bemerkt, „daß am Schlusse

[9]) Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß. Beitrag II. §. II. Note 7. (2. Ausg. S. 49.)

der Urkunde alle Kraft (ähnlich einer franzöſiſchen Notariatsurkunde) beigelegt und den Kontrahenten alles Recht gegeben werde, glycher wyſ als ware es yn mit rechten Scheffen-Urtel im vollen gerite erteilt und zugewyſt." Dieß erinnert allerdings lebhaft nicht nur an die franzöſiſche, ſondern mehr noch an die ſpaniſche Praxis [10]). Allein es iſt nicht bekannt, ob und in welcher Weiſe die eigenthümliche Wirkſamkeit ſolcher Urkunden von den Gerichten anerkannt worden iſt. Ueberhaupt habe ich kein geſchichtliches Zeugniß auffinden können, mit welchem die Exiſtenz des Inſtituts der guarentigiirten Urkunden in Teutſchland vor dem Jahr 1495 nachgewieſen werden könnte.

Allerdings zwar findet man die nehmlichen Exekutivklauſeln, welchen ſpäterhin die Kraft der clausula guarentigiae beigelegt worden iſt, ſchon in teutſchen Urkunden einer viel früheren Zeit [11]);

---

[10]) Siehe oben Kap. IV. §. 4. S 257.

[11]) Auf dergleichen Urkunden aus den Jahren 1370 und 1373 macht Mittermaier Beitr. IV. §. VI S. 130 Note 10 aufmerkſam.

Digitized by Google

Mittermaier glaubt eine ſichere Spur des Exekutivprozeſſes in dem altteutſchen Dwernachtsprozeß [12]), eine noch zuverläßigere Spur aber in dem alten Pfandungsrechte der Teutſchen gefunden zu haben [13]). Das Regiſter dieſer Spuren läßt ſich auch noch reichlich vermehren, wenn man dazu Alles verwenden darf, was von Schuldnern und Gläubigern, von Exekution und Pfandung, von Siegel und Brief verlautet. So lange aber

---

[12]) Um den Zauber dieſes ungewohnten Klanges zu löſen, wollen wir die hieher gehörige Beſtimmung des auch von Mittermaier angeführten Stadtrechts von Dortmund aus dem XIV. Jahrhundert aus Dreyers Nebenſtunden S. 425 wörtlich mittheilen:

De judicio dicto Dwernacht.

Item habemus quoddam jus, quod dicitur Dwernacht, quod incipit currere in crastino purificationis Sancte Marie virginis et in crastino beati Swiberti exspirat. Et est tale jus, quod quicunque Burgensis convenit alium coram judicio pro aliquibus debitis, si fatetur debitum, debet illud in medietate [inmediate?] solvere proxima die ante occasum solis, et si non solverit, vadiavit judici duabus vicibus et tertia vice actori et debet accipere pignus suum. Item idem jus incipit currere in crastino annunciationis Sancte Marie virginis, et durat ad XXIIII dies et tunc exspirat. —

[13]) Mittermaier a. a. O. §. V. S. 107.

Digitized by Google

in allen dieſen Spuren nicht eine Spur der ſpezifiſchen Eigenthümlichkeiten zu entdecken iſt, welche ſich aus dem Rechte der paraten Exekution der italieniſchen Guarentigia herausgebildet haben und noch heut zu Tage den gemeinen teutſchen Exekutivprozeß charakteriſiren, muß man dieſe Spuren ein für allemal aufgeben [14]). Nicht als Quellen, ſondern nur als zufällige Anknüpfungspunkte für die Doktrin können dergleichen Erſcheinungen aus den einheimiſch teutſchen Rechten noch einige Rückſicht verdienen, inſofern nehmlich an dieſelben von teutſchen Juriſten ſchon vor Alters nicht ſelten die ganze moderne Lehre von der Wirkſamkeit guarentigiirter Urkunden wohl oder übel angeknüpft [15]) und dadurch allerdings zur Verbreitung und Befeſtigung des Inſtituts weſentlich beigetragen worden iſt.

---

[14]) Hier, wo es ſich um eine poſitive, nicht um eine negative Geſchichte des Exekutivprozeſſes handelt, glauben wir ſie nicht einmal zum Zwecke der Widerlegung weiter verfolgen zu müſſen.

[15]) Wie dieß in ähnlicher Weiſe auch in Frankreich und Spanien vorkommt; als Beiſpiele dienen die Kommentare des Alphonſus de Montalvo zum Landrecht von Caſtilien, des Chaſſenaeus zu den Coutumes von Burgund.

Digitized by Google

Gegründeter als alle dieſe Bedenken könnte auf der entgegengeſetzten Seite der Einwurf erſcheinen: ob nicht der von uns gewählte geſchichtliche Anfangspunkt noch zu weit zurück verlegt ſey. Es iſt allerdings nicht zu verkennen, daß die Wirkſamkeit der Reichsgeſetze von 1495, insbeſondere des Verbots der Selbſthülfe, keineswegs ſo plötzlich und allgemein war, als es auf den erſten Anblick ſcheinen möchte: die eingefleiſchte Luſt an eigenmächtiger Gewaltthätigkeit kam auch nachher noch oft genug zum Ausbruch, ehe es gelang, ſie durch gewaltſamen Druck niederzuhalten; das Anſehen des neuen Reichskammergerichts war Anfangs ſehr ſchwankend; der Glaube an die Verbindlichkeit des fremden Rechts in einfachen Schuldſachen war noch lange nicht allgemein befeſtigt. Zudem war ja die Wirkſamkeit ſämmtlicher Reichsgeſetze von 1495 gar nicht unmittelbar auf die Einführung oder Sanktion des Inſtituts der guarentigiirten Urkunden gerichtet: durch die Aufhebung der Selbſthülfe und die Reception des fremden Rechts war zwar die Möglichkeit, nicht aber die Nothwendigkeit des ſofortigen wirklichen Gebrauchs jedes einzelnen

mit dem fremden Rechte überkommenen Rechtsmittels gegeben; es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß man ſich deſſelben gleich einer unbekannten Waffe erſt nach und nach allgemein bedienen lernte.

Nichts deſto weniger aber hat die Reichsgeſetzgebung von 1495 ihre ſelbſtſtändige hiſtoriſche Bedeutung für unſeren Gegenſtand eben dadurch, daß ſie den erſten entſchiedenen Ausdruck einer Reform der Nationalgeſinnung enthält, aus welcher ſich die Umgeſtaltung auch der äußeren Rechtszuſtände nach und nach herausgebildet hat. Sie kann und ſoll deßwegen auch nur als Anfangspunkt der Periode bezeichnet werden, in welcher der Glaube an die Verbindlichkeit des fremden Rechts in Schuldſachen allmählich Raum gewann, die Bekanntſchaft mit dem Inſtitute der guarentigiirten Urkunden immer mehr verbreitet und der Gebrauch deſſelben nach und nach in immer weiteren Kreiſen befeſtigt wurde.

Wir werden in einzelnen Beiſpielen zeigen, wie dieſer Erfolg durch die Praxis der Gerichte und Notarien, durch ſtatutariſche Geſetzgebung,

Digitized by Google

durch den Einfluß der gelehrten Juriſten herbeigeführt worden iſt.

§ 3.

Die älteſten Zeugniſſe über das Vorkommen des Inſtituts der guarentigiirten Urkunden in Teutſchland finden ſich zu Anfang des XVI. Jahrhunderts in den gedruckten Vorleſungen des Freiburger Profeſſors Ulrich Zaſe [1]):

In Italia instrumenta habent paratam executionem ex statuto, ac si esset sententia definitiva lata. Sic in nostra Germania habemus confessata, quae recipiuntur ab officialibus episcoporum, dum debitor confitetur et additur decretum judicis: quae confessata habent instar intrumentorum, de quibus jam diximus. [2])

Confessata coram judicibus facta, etiam si causam non habeant, valent; quod est notandum

[1]) Er iſt geboren zu Coſtnitz im J. 1461, war zuerſt Advokat und Notar des Conſiſtoriums zu Coſtnitz, wurde im Jahr 1494 Stadtſchreiber zu Freiburg im Breisgau, bekleidete ebendaſelbſt vom J. 1501 an juriſtiſche Lehrämter und ſtarb im J. 1535.

[2]) Lectura in l. qua quisque actione D. de edendo. (Udalrici Zasii opp. Lugd. 1550. f. T. I. p. 545. num 22.)

Digitized by Google

Doctoribus his, qui de instrumentis Guarentigiatis loquuntur, quae ego ad confessata secundum nostrae Germaniae mores traduco; vide l. sicut C. de repud. haered. Bald. in l. 2. C. de execu. rei jud. Cyn. l. 1. C. de confess. Imol. in l. 3. D. quis et a quo appella. . . [3]).

. . . nota, quod confessio in judicio facta habet executionem paratam: hinc oriuntur confessata in Consistoriis ecclesiasticis, ubi alia probatione non opus est. [4])

Es ſcheint hieraus hervorzugehen, daß vor Allem die Praxis der geiſtlichen Gerichte, welche von Italien aus ſo weit, als die Hierarchie reichte, verbreitet war, einen bedeutenden Antheil an der Einführung und Verbreitung des Exekutivprozeſſes in Teutſchland gehabt hat. Hiezu war ſie beſonders deßhalb ſehr geſchickt, weil ſie die Gründe ihrer Geltung nicht aus irgend einer ſingulären Vorſchrift moderner Geſetzgebung, ſondern aus bekannten Beſtimmungen des gemei-

[3]) Zasius in l. a. Titio D. de V. O. (Lectura in tit. de V. O. Lugd. 1550 p. 500. num. 16.)

[4]) Idem in l. post rem D. de re jud. (Opp. Lugd. 1550 T. III. p. 510.)

Digitized by Google

nen Rechts hergeholt hatte, mithin überall, wo gemeines Recht galt, nicht nur Anerkennung finden, sondern auch die weltlichen Gerichte zur Nachahmung anregen mußte. Jedenfalls war es den Laien unverwehrt, sich des geistlichen Notariats zu bedienen, und von dieser Befugniß mag zu einer Zeit, da noch das Notariat der Gelehrsamkeit und die Gelehrsamkeit der Geistlichkeit angehörte, vielfach Gebrauch gemacht worden seyn.

Zudem war ja als gemeinschaftliches Fundament der gesammten ausländischen Praxis, nicht nur der geistlichen, sondern auch der weltlichen Gerichte Italiens, Spaniens und Frankreichs, ein scheinbar ganz einfacher und gemeingültiger Grundsatz hingestellt, mit welchem die Grundsätze des einheimisch teutschen Rechts ohne Schwierigkeit verknüpft, ja sogar identifizirt werden konnten. Den Grundsatz, daß der einer Schuld Geständige nicht erst für schuldig erkannt, sondern nur zur Zahlung gezwungen zu werden brauche, hat wohl kein Volk der Welt in seinen Rechten jemals verläugnet und besonders in den teutschen Rechten kommt er in verschiedenen Gestalten vor.

Digitized by Google

Konnte man nicht die kuntlichen und unlogenbaren Schulden, deren gewaltsame Beitreibung die teutschen Rechte gestatteten, selbst wenn man auf den Wortlaut sieht, füglich für dasselbe gelten lassen, was die ausländischen debita confessata mit ihrer paraten Exekution waren? Schon Zase in der zweiten der oben angeführten Stellen scheint diese Ansicht geltend gemacht zu haben und bei den späteren Juristen kommt sie vielfältig vor. Besonders war es die Territorialpraxis, welche, formell an die einheimischen Gesetze gebunden, diesen Weg sehr häufig betrat, um ohne ausdrückliche Verfügungen der Gesetzgebung und mit scheinbarer Aufrechthaltung der bisherigen einheimischen Gesetze dem fremden Institute Eingang zu verschaffen: indem sie auf diejenigen Fälle, in welchen man schon nach teutscher Sitte schleunige Exekution gewohnt war, das Recht der paraten Exekution guarentigiirter Urkunden mit all den einzelnen Modalitäten des Verfahrens, welche sich aus den geschichtlichen Grundlagen dieses Instituts in den romanischen Ländern herausgebildet hatten, ohne weiters übertrug.

In dieser Weise hat man z. B. in Baiern

von jeher nachstehende Bestimmung der Gerichtsordnung vom J. 1518 benützt [5]):

Vmb bekenntlich schulld: vnd gesprochen gellt.

„Wo yemanndt vmb schulld, der Er bekhennt, „oder vmb gesprochen gellt beclagt wirdet. Sol „der Richter, wo der Klager vnd Antwurter bed „inwoner des Gerichts sind, schaffen, das der „anntwurtter den clager in den nägsten viertzehen „tagen bezale. Ist aber der clager ain Gast vnd im „lannd nit gesessen, sol im Richter allßdann die „bezalung von dem anntwurter, wo der sein ge„richtzmann ist, von ainem mittag zum andern „verschaffen. Thät der anntwurter des nit, so „sol der Richter dem Clager allßdann sölicher „schulld durch pfanndtung vnnd mittl der Gannth „verhelffen, wie recht ist.“ [6])

---

[5]) v. Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. jur. Bavarici judic. Kap. 3. §3. lit. e. (München 1754. f. S. 57.)

[6]) Reformacion der bayrischen Lanndrecht nach Cristi vnsers Hailmachers geburde Imm fünftzehenhundert vnnd achtzehendm Jar Aufgericht, Tit. 7. Artik. 7. (Officielle Ausgabe, ohne Druckort und Jahrzahl, in Folio, Blatt 27.)

Digitized by Google

Offenbar iſt hier nur von einem wahren Geſtändniß im ſtreitigen Rechte die Rede [7]).

Doch kommen auch ſchon ſehr frühe Statuten vor, bei welchen bald eine gefliſſentliche Nachahmung der ausländiſchen Praxis, bald wenigſtens der Einfluß der fremden Doktrin wahrzunehmen iſt.

Hierher ſind zuvörderſt ſolche Statuten zu rechnen, welche ähnlich dem alten Stadtrecht von Padua [8]) etwa nur die Gleichſtellung der confessio per modum jurisdictionis voluntariae mit der confessio per modum jurisdictionis contentiosae ausſprechen, wie z. B. die Untergerichtsordnung des Erzſtifts Mainz vom J. 1534:

„Von bekandtnuſſen.“

„So der beklagt vor ſitzendem gericht eyn ſchult „oder anders, dardurch er dem kleger pflichtig, „bekent ſein würde, ſoll es darfür gehalten wer„den, als ob ſolchs mit vrtheyl gegen jm erkent „were, vnd jm zimliche zeit vnd ſchub gegeben

---

[7]) Dieß ergibt ſich noch beſonders aus dem Zuſammenhang mit dem vorhergehenden Artikel.

[8]) Vgl. Chreſtom. v. Bekegſt. S. 242, 243.

»werden, ſeiner pflicht vnd bekantnuß nach den »kleger zu entrichten.

»Wo auch eyner etwas inn das gerichtbuch »erkennen wolt, ſoll zum wenigſten vor zweien »ſchöffen oder Richtern vnd dem gerichtſchreiber »mit erzelung vrſach ſolcher bekantnuß und an»dern vmbſtenden beſchehen, vnd ſunſt inn das »gerichtsbuch nit geſchriben werden.

»Die erkantnußen, ſo auſſerhalb rechtens vor »Notarien vnd zeugen oder ſunſt vor erbarn leu»then mit erzelung vrſachen, warumb oder aus »was grundt, vnd inn beiſein der partheien oder »gegentheyls ſolchs annemendt beſchehen, ſollen »auch krefftig ſein, eyn gnugſamme beweiſung inn»zufüren, nach vermög der recht.« [9])

In Baſel waren guarentigirte Urkunden nach dem Muſter der romaniſchen Praxis ſchon um's Jahr 1528 in anerkanntem Gebrauch, wie

---

[9]) Vndergerichts ordnung des Ertzſtiffts Meyntz . . . jetzt newlich gemeynem nutz zu gut gemacht, geordent vnd auffgericht. MDXXXIIII., (Gedruckt zu Meyntz durch Juonem Schöffer 1534. f.) Blatt XIV[b] u. XV.

Digitized by Google

ſich aus den gedruckten Formularien jener Zeit ergibt:

„Ein ſchuldbrieff vor gericht auff gericht Baßler.“ [10])

„Ich Conrat Dolter, Schultheiß zu mindern „Baſel, an meiner herrn ſtat, des Burgermeiſters „vnd der Reten der ſtett Baſel, thun kund aller„mengklich, das auf datum vor mir in offnem „gericht die erbern N. burger zu Baſel vnd N. „ſein eeliche haußfraw . . . bekant und verjehen ha„ben, das ſie beide für ſich vnd jre erben gemein„lich vnd vnuerſcheidelich rechter redlicher verre„cheter ſchuld ſchuldig ſeyen vnd gelten ſollen „dem erſamen N. auch Burger zu Baſel hundert „vnd zweintzig pfund gutter Baßler pfenning, ge„nant ſtebler, jme oder ſeinen erben wider alle „gebot, verbott, außzüg, vnd vnuerhindert meng„klichs . . . hie zu Baſel in jren ſichern haben„den gewalt zu weren vnd zu antwurten zu nach-

[10]) Rethorica vnd Formulare (durch Alexandrum Hugen, viſierigen Statſchreiber zu mindern Baſel, auch zu Pfortzheim in der Marggraveſchaft Baden vnd zu Calw im Fürſtenthumb Wirtemberg u. ſ. w.) Getruckt zu Tüwingen von Vlrich Morhart im jar M. D. xxviij. (in Fol.) Blatt CCXII b u. CCXIII.

»geſchribnen zilen, nemlich auf ſant N tag fünfft-
»zehen pfund u. ſ. w. ſo lang vnd vil biß gemelt
»ſumm hundert vnd zweintzig pfund gentzlich be-
»zalt worden iſt, Deſſelben zu guter ſicherheit, ſo
»haben jnen die ſchuldner mit rechtem wiſſen gut-
»willig zum krefftigſten aller gerichten vnd rech-
»ten, als für farend gut, anders das hierinn nit
»geacht oder gehalten werden ſol, diſe nachge-
»ſchribne jre güter, nemlich das hauß vnd hoff-
»ſtat u. ſ. w. (in vnderpfands weiſe recht vnd
»redlich eingeſetzt vnd hafft gemacht). Alles mit
»gedingten fürworten, ob benant N. vnd N. ſein
»eelich haußfraw . . an bezalung einichs oder mer
»zilen ſeümig wurden, ſo ſollen ſie alsdann die
»gantze ſchuld on einich lenger zile für vol zu
»geben vnd zu bezalen verfallen ſein, vnd haben
»darnach benanter N. oder ſeine erben durch ſich
»oder jre anwältbotten vnd alle, die das von
»jrntwegen thun wöllen, die benannten N. vnd
»N. ſein eelich haußfraw oder jre erben deßgleich
»vorbeſtimpte vnderpfandsgüttere, vnd ob daran
»abgieng, alle andere jr beider oder jrer erben
»gütere, ligend oder farende, vnverſcheidenlich ſa-
»ment vnd ſonders darumb bekümbern, frönen,

Digitized by Google

»hefften, verganten, verkauffen vnd an ſich ziehen »als ein farend gut vnd hab mit gericht geiſtli»chem oder weltlichem, biß zu gantzer bezalung »obgemelter hundert vnd zweintzig pfund ſampt »allem koſten vnd ſchaden, darumb jren ſchlechten »worten on trew eid oder andere beweiſung zu »glauben ſein ſoll [11]). Haben auch hierauf beide, »nemlich N. vnd N., ſonder die ſelb N. mit »gewaltſamy jrs eelichen mann vnd vogtes, bey »jren trewen in mein des Schultheiſſen »als eins Richters hand gelobt vnd ver»ſprochen, alles, das in diſem brieff geſchriben ſtatt, »war veſt vnd ſtet zu halten, dawider nimmer »zu reden noch zu thun auch nicht ſchaffen, ver»hengen noch geſtatten gethon werden, durch ſich »ſelbs noch andere, heimlich oder offenlich, keiner»ley weiſe, haben ſich auch verzigen aller frey»heiten, gnaden, rechten vnd gerichten, geiſtlicher »vnd weltlicher, geſchribner vnd vngeſchribner, »nemlich der Römiſchen Keyſerlichen freyheit Vol-

[11]) Vgl. die Formularien des Rolandinus und des Durantis (Belegſt. S. 80 u. 97): „et de his credere suo simplici verbo sine sacramento vel alia probatione.“

Digitized by Google

»leiani senatum consulti weiplichem geschlecht zu wi-
»derbringung jrer gerechtigkeit gnedigklich verlihen,
»sondern auch des rechten gemeiner verzeihung wi-
»dersprechende, Des zu warem vrkund ist des ge-
»richts zu mindern Basel jnsigel nach erkann-
»ter vrteil von gerichts wegen offenlich
»gedruckt in disen brieffe vnd obgenantem N. auff
»sein begere gegeben. u. s. w.«

Ein ähnliches Formular [12]) zu einer Schenkung an ein Frauenkloster, mit dem nehmlichen Gelöbniß in des Schultheissen als eines Richters Hand, schließt mit der Formel:

»Also ward auch C. der Schaffner in seiner
»frawen vnd jres Closters namen diser gab vnd
»mechnusse gesetzt in gewalt vnd gewöre nach
»recht vnd gewohnheit der Stat Basel, als auch
»diß alles mit vrtheil vnd recht erkennt ward von
»allen denen, so dabei warent vnd hierumb gefragt
»wurden, nemlich die ersamen weisen u. s. w.« [13])

[12]) Rethorica vnd Formular durch Alex. Hugen, Blatt CLI.

[13]) Aehnlich in dem Formular zu Schenkungen einer Ehefrau an ihren Ehemann (ebendas. Blatt CLV b) und öfter.

Digitized by Google

Ferner gehören hierher die im Jahr 1531 nach einer wohl um dieſelbe Zeit vorgenommenen Reformation gedruckten Statuten der Stadt Worms, Buch III. Titel 24:

„Außzug wider offenbar verſigelt brieff, wie vnd wann die beſchehen mögen.“

„Auß manigfaltigen bewegungen vnd mit zeitigem Rath haben wir geſetzt vnd geordent vnd „wöllen, das wider offenbar Brieff, der ſich beid „teil vor vnſerem ſitzenden Rath erkennet vnd vmb Verſiglung gebetten haben, einer verpflichtung, nachdem vnd ſolich „Brieff Verſigelt vnd übergeben ſeind durch die „ſelben Partheien inn den Brieffen beſtimpt odder „jr Erbenn, kein Außzug ſtatt haben, gehört noch „zugelaſſen ſoll werden, dann allein diſe hienachgemelten, Als außzug bezalung des ſo mit Vrtheil geſprochen were, oder Pact oder Geding „nit zu forderen oder das ein ſcheinender verwönter Contract gemacht, dem in der warheit „mit der that nit volg beſchehen [14]), odder das

[14]) Exc. solutionis, pacti de non petendo, simulationis.

„kein außgetruckt vrsach da [15]) oder die selb vr-
„sach nit vollzogen were [16]), Aber inn verwen-
„ten oder scheinenden Contracten mögen allein
„die Erben, wie vor gesetzt ist, außziehen.“ [17])

Endlich gehört hieher die churſächſiſche Landesordnung vom 1. Oktober 1555:

„Ueber verſatzte Brieff und Siegel.“

„Weil in allen Handlungen, ſo zwiſchen denen
„Leuten geſchehen, billig nichts höher denn Treu
„und Glaube auch Brief und Siegel, die ein jeder
„von ſich giebt, ſollen bedacht werden; Und gleich-
„wol vielmals befunden wird, daß ihrer etzliche
„zu ihrer ſelbſt Verkleinerung und böſer Nach-
„rede, ſich ihrer klaren Schrifftlichen Bewilligung
„weigern; So ordnen Wir hiermit: Wo einer
„ſeinen offentlichen unläugbaren und unverfälſch-
„ten Brief und Siegeln, die keine unehrliche Zu-

---

[15]) Causa debendi.

[16]) Exc. non adimpleti contractus.

[17]) Satzung Statuten vnd Ordnungen Beſtandiger gutter Regierung u. ſ. w. Weilant in des H. Reichs Statt Worms fürgenommen, Jetz new mit höchſtem fleiß Reſtituirt vnd ann tag geben. Frankfurt 1531. f. Blatt XXVI.

Digitized by Google

»ſage in ſich halten, vorſetzlich und ohne Urſache »nicht nachkommen, ſondern dawider vortheilhaff»tige Auszüge ſuchen und erſt darüber erkennen »laſſen wollte, daß ihm ſolches keinesweges ge»ſtattet, ſondern wir ihn inhalts gegebener Brief »und Siegel ſchleunig ſoll verholffen und keine »andere Exception oder Ausflucht dawider zuge»laſſen werden, dann wo er beweiſen wollte, daß »ſeinen Brief und Siegeln zuvorn allbereit ge»nüge geſchehen; doch ſoll dem Beklagten unbe»nommen ſeyn, was er folgends nach erlittener »Hülffe an dem Kläger wiederumb durch Recht »zu haben vermeinet.« [18])

Dieſe Verordnung wurde durch die Torgauer Artikel vom 8. May 1583 folgendermaaßen erweitert:

... »Es trägt ſich auch gemeiniglich zu, daß »die, welche ſich dergleichen wucherlicher Contracte

[18]) Ausſchreiben Churfürſt Auguſti etlicher Artikul, ſo ſie auf deroſelben Landſchafft unterthänigen Rath und Bedenken in Sachen Policey und anders belangend zu Abwendung derer angegebenen Land-Gebrechen in Ihren Landen verordnet den 1. Oktober 1555, — in Lünig's Codex Augusteus oder neuvermehrtes Corpus juris Saxonici. Leipz. 1724. f. Th. I. S. 52.

Digitized by Google

»befleiſſen, die Verſchreibunge dahin, als ob es al»les baar Geld und richtige Schuld wäre, ſtellen »und dermaſſen meiſterlich verblümen laſſen, daß »man daraus keinen Wucher zu ſpühren und zu »vermercken, und da gleich hernacher, wann es zur »Execution kömmt, des Wuchers halben wider ſie »excipiret werden will, ſo behelffen ſie ſich dar»wider mit unſer Landes-Ordnung, darinnen aus »vernünfftigen und rechtmäßigen Urſachen verſe»hen, daß über richtige Brief und Siegel ſchleu»nig verholffen werden ſoll, und wird alſo dieſelbe »ſehr übel gemißbrauchet.«

»Nun ſind wir wohl nochmals geſonnen, es »hierinnen bey ſolcher unſerer Landes-Ordnung »wenden zu laſſen, ſonderlich weil auch der, wel»cher auf einen wucherlichen Contract dergleichen »Verſchreibung von ſich gegeben, nicht ohne Schuld »iſt, und alſo ihme ſolches, daß darauf mit der »Hülffe wider ihn verfahren würde, ſelbſt zuzu»meſſen, und darneben auch ihrer viele zu befin»den, welche alleine dieſes, daß mit ihnen wucher»lich contrahiret ſey, ihrem Brief und Siegel zu »wider, nur zu einem Schein fürwenden, und da»durch vergebliche Ausflüchte ſuchen.«

Digitized by Google

„Da aber dennoch einer, der dergleichen Ex-
„ceptiones fürwendet, binnen der Zeit, da ihme
„die Hülffe angekündiget, und dieſelbe würcklichen
„ergehen ſoll, und alſo in continenti und auf fri-
„ſchem Fuſſe ſolche Exception gemugſam wird be-
„ſcheinen und darthun können, daß es ferner
„Zeugniß und Ausführung nicht bedürffe: ſo ſoll
„auch über dergleichen wucherliche Contracte und
„darüber erlangte Verſchreibung keine Hülffe nicht
„vollſtrecket werden; auſſerhalb deſſen aber, und
„da es auf fernerer Ausführung ſtehen will, ſoll
„vermöge gedachter unſerer Landes-Ordnung auf
„klare Briefe und Siegel mit der Hülffe ſchleu-
„nig verfahren, und dem Schuldener dieſe ſeine
„Exception ſo wohl als andere, vermöge vorge-
„dachter unſerer Landes-Ordnunge und Constitu-
„tion, nach ergangener Hülffe und beſchehenen
„würcklichen Bezahlung fürgehalten werden, und
„da alsdann der, wider den des Wuchers halben
„excipiret wird, unter uns nicht beſeſſen, oder
„man ſich ſonſt an ihme nichts zu erholen haben
„mag, ſo ſoll auf ſolchen Fall das Geld an ge-
„wiſſe Oerter hinterleget werden und dem Gläu-
„biger nicht eher würcklichen folgen, es ſey dann,

»daß er hiergegen gnugsamen Vorstand gemachet »habe, damit er durch dergleichen Ränke der »Straffe nicht entgehen möge.« [19])

In der Erledigung der Landesgebrechen vom 23. April 1612 werden obige Vorschriften auf Beschwerde der Ritterschaft von neuem eingeschärft, wie folgt:

... »wollen Wir nochmals, daß inhalts der »Landes-Ordnung wider klar Brieff und Siegel »keine Exceptiones und Disputationes, so nicht in »continenti durch unläugbare Uhrkunden oder sonsten ex Actis oder Confessione Partis erweißlich seyn, zugelassen, sondern der Debitor damit »in die Reconvention gewiesen werden soll, Es »hätte dann die fürgeschützte Exceptio gleichfalls »ex natura Contractus ihren Ursprung und wäre »ex ipsius Instrumenti Inspectione alsobald zu

---

[19]) Churfürst Augusti Ausschreiben, wie es auf der Landschaft bei dem zu Torgau gehaltenen Land-Tage unterthänigste Bitte und räthliches Bedenken in etlichen Articuln, Policey und Justitien belangende gehalten werden solle, den 8. Maj. Anno 1583, Tit. Vom Wucher, — Lünig's Cod. Aug. Th. I. S. 141, 142.

Digitized by Google

»verificiren, Als da ſeynd Exceptio non secuti im»plementi, rei non traditae und dergleichen« . . .[20])

Das Beiſpiel der ſächſiſchen Geſetzgebung hat bald ähnliche Beſtimmungen auch in anderen Theilen Teutſchlands hervorgerufen, welche ſich im Laufe des XVI. und XVII. Jahrhunderts ſo ſehr vermehrt haben[21]), daß ſie hier unmöglich in's

---

[20]) Cod. Aug. Th. I. S. 179.

[21]) Gaill († 1587) de arrestis imperii cap. IX. num. 18: »Proinde laudabili consuetudine Austriaca et aliis in locis receptum est, quod debita confessa instrumentis et chirographis debitorum paratam executionem habere debeant reservatis post solutionem debitoribus quibuscunque exceptionibus.“ — Friderus de mandatis cap. LXX. § 7: „Eadem summaria syngrapharum executio etiam plurimis aliis Germaniae in locis observatur.“ — Heigius Quaest. jur. P. II. qu. 7. num. 24: „Alibi per constitutiones speciales introductum, . . . ut instrumenta publica . . . privatae etiam scripturae recognitae et liquidae absque judiciorum vulgato strepitu citato saltem ad videndum sibi mandari solutionem debitore executioni properiter mandentur.“ — Mevius von wucherl. Contr. Cap. 3 § 9 bezeugt: »daß faſt aller Oerter auch ex specialibus statutis et moribus nunmehr die Schuldverſchreibung paratam executionem haben, und für ein gemein Recht und Gewohnheit in Teutſchland wohl mag gehalten

einzelne verfolgt werden können. Nur um zu zeigen, wie sich diese Bestimmungen bis auf die neuesten Zeiten gleich geblieben sind, sey hier das Beispiel der noch heute geltenden baierischen Gerichtsordnung vom J. 1753 angeführt, welche vom Exekutivprozeß nicht mehr und nicht weniger enthält, als Folgendes:

»Mag zwar in Verbrieffi und liquiden Schuld»Forderungen, woraus sowohl das Quantum als »Quale nebst der Person des Schuldners und »Gläubigers genugsam erscheint, die Klag com»municirt werden, man soll aber auch allzeit zu»gleich eine Commission ad producendum Origi»nale anberaumen, und wann hierbei das Instru»ment weder diffitirt, noch durch andere Rechts»erheblich» und in continenti liquidirliche Ein»wendungen abgeleint werden kann, ohne weiters »zur Execution schreiten und all übriges, was »altioris indaginis ist, gleichwohl praestita cautione »ad separatum processum verweisen.« [22])

werden, daß auf klare ohnleugbare Verschreibung ohne gerichtlichen Prozeß stracks zur execution geschritten werde.«

[22]) Cod. jur. Bavarici judiciarii. Cap. 3 § 3 Num. 5.

§ 4.

Den Charakter eines anerkannten gemeinrechtlichen Instituts aber, dessen Wirksamkeit von besonderen Partikulargesetzen nicht abhängig sey, erhielt das Institut der guarentigiirten Urkunden in Teutschland doch nur dadurch, daß man als unmittelbare Quelle desselben das gemeine d. h. römische Recht bereitwillig anerkannte.

Vor allem wurde der von den romanischen Juristen überlieferte Grundsatz geltend gemacht: daß das Recht der paraten Exekution, welches den guarentigiirten Urkunden der Italiener, Spanier und Franzosen gebührt, nach gemeinem Recht vertragsmäßig bestellt werden könne und daß dazu nichts weiter erfoderlich sey, als die Einverleibung irgend einer Exekutivklausel in die Vertragsurkunde [1]).

Hierauf beruht denn auch die Praxis des Reichskammergerichts, welche ohne andere gesetz-

[1]) Gaill de pace publica. Lib. I. cap. 2. num. 25. — 29. — Colerus P. I. cap. 5. — Friderus cap. LXXI. — Heigius P. II. qu. 7. num. 41. sqq. — Gilhausen cap. X. § 6. de pacto paratae executionis in bona debitoris. — Mevius Cap. 3 § 8.

liche Grundlagen als die des gemeinen d. h. römischen Rechts allen mit einer Exekutivklausel versehenen Vertragsurkunden das Recht der paraten Exekution nach dem Muster der romanischen Praxis zuerkannte. Ein Zeugniß Gaill's, welches bis auf das Jahr 1550 zurückgeht, möge hier Platz finden:

»Valet autem pactum vel conventio debitoris, »ut mora solvendi commissa immediate omis»so medio judice in Camera conveniri pos»sit . . .; imo amplius valet pactum, ut post »moram debitoris Camera imperialis ab execu»tione nullo praevio ordinario processu incipere et »executoriales petente creditore sub poena pecu»niaria decernere posset . . . Et ita ex conven»tione partium decreta sunt mandata executorialia »in Camera in causa Herbrodt contra Marchio»nem Brandenburg 24. Ianuarii Anno 50. et in »causa Egmond contra Palatinum, item in causa »Herod contra Neternard 13. Octobr. Anno 63. »Conventioni quidem poena banni adjecta erat, »sed executoriale mandatum concessum tantum »fuit sub poena pecuniaria aliquot marcarum auri, »idque in communi et consueta forma, videlicet

Digitized by Google

„mandabatur debitori, ut intra sex septimanas „et tres dies moram solutione debiti purgaret „cum annexa citatione ad docendum de paritione „vel videndum se declarari in poenam mandato „executoriali insertam aut allegandum causam, „cur hoc fieri non debeat. [2])

Schon zur Zeit des Heigius war der Gebrauch der Exekutivklauſeln ſo gemein, daß ſie faſt in allen Vertragsurkunden vorkamen [3]). In den Formelbüchern der Notarien finden ſie ſich noch viel früher als ein ſtehender Artikel [4]).

---

[2]) Gaill l. c. num. 25 — 28.

[3]) Heigius l. c. num. 44: . . cumque hodie nullum pene instrumentum de alicujus notabilis quantitatis debito conficiatur absque praedicto pacto executivo et aliis similibus clausulis etc.

[4]) Schon oben iſt bemerkt worden, wie in der zu Frankfurt 1539 gedruckten Ars notariatus ſogar die Formel der clausula guarentigiae mit Erwähnung des Stadtrechts von Florenz vorkommt. Unter den Formularien dieſer Sammlung findet ſich auch (Tom. II. fol. 7—8) das Formular einer Schuldverſchreibung in forma camerae apostolicae. Ueberhaupt waren alle Formen der ausländiſchen exekutoriſchen Urkunden durch die Formelbücher in Teutſchland wohl bekannt. Im größten Anſehen ſtand beſonders das speculum juris des Durantis.

Digitized by Google

Als Exekutivklausel aber ließ man Alles gelten, was irgendwie einer Verpflichtung zur paraten Exekution oder einem Verzichte auf die richterliche Hülfe gegen die buchstäbliche Erfüllung der übernommenen Hauptverbindlichkeit gleich kam. Daher mußte denn auch den althergebrachten, durch den ewigen Landfrieden ihrer eigenthümlichen Wirksamkeit beraubten Verpflichtungen zur Duldung der Privatgewalt die Wirksamkeit einer Exekutivklausel im modernen Sinn allerdings zuerkannt werden. Hieher gehört ferner das nach dem genannten Landfrieden besonders häufig vorkommende, erst im J. 1577 verbotene pactum obstagii „dardurch sich einer zur Leistung, zum Einlager, zum Einreiten auf Anmahnung des Gläubigers verschreibet“ [5]), die Verzichtleistung auf alle Schutzmittel und Wohlthaten geistlichen und weltlichen Rechts und dergleichen. Als Beispiel möge folgendes Formular einer Bürgschaftsurkunde dienen:

„ . . . Und ob es sach were, daß der gemel-

[5]) Friderus cap. LXXI. § 9. —

„te Herr vonn N. (Hauptschuldner) an bezalung „solicher 2000 Gülden seumig würde, so verschrei„ben wir uns inn krafft diß Briefs . . . als „Bürgen und Hauptschuldner . . ., welche zeit „daß wir von dem Herrn Grafen zu N. (Gläu„biger) mündlich oder schriftlich ersucht würden, „daß alsdann unser jeder in aigner Person und „einem Reisigen Knecht, das ist mit zweien Pfer„den, in laistung gen N. in die Herberg zur „Kron genannt, oder auff ein Meil wegs da„rumb ziehen oder schicken sollen und wöllen und „nit daraus zu schaiden also lang, biß der viel„genannt Herr Graf N. oder seine Erben gentz„lich und genugsam Hauptsumma, Kosten und „schaden bezalt und vergnügt würden, Und ob „wir hierinn seumig würden, so mag der vielge„nannt Herre N. zu unserem Leib und gut greif„fen, wie er kann oder mag, es sey mit worten „oder werken, und was sein gnade also gegen uns „fürnemen würde, soll sein gnad recht und wir „unrecht haben, Hiergegen soll uns kain Freihait, „Gelaidt oder Landtsgewohnheit, kain Beneficien, „Exception oder Freihait, so Bürgen inn Gaistli„chen oder Weltlichen Rechten haben, noch sonst et-

»was anderes ſchützen ſchirmen oder helfen, dann »wir uns deren hiermit gentzlich verzeihen und »verziehen haben und diß obgeſchrieben ſtück in »trewen und an eins rechten Eydes ſtatt gelobt »und geſchworen zu halten.« [6])

Welcher Klauſeln man ſich in Baſel, in Trier bediente, haben wir oben geſehen. Auf eine Trieriſche Urkunde vom 17. Auguſt 1618, verſehen mit einer voluntaria condemnatio des Raths von Mechlen [7]) vom 30. Auguſt 1618 erkannte das Reichskammergericht im Jahr 1625 ſofort nach Vorzeigen der Urkunde ein mandatum

---

[6]) Aus dem »Formular Allerlai Schrifften Briefe vnd Inſtrumenten« u. ſ. w. (»Getruckt zu Franckfurt am Mayn, Bei Chriſtian Egenolffs Erben, Anno 1557«. f.) Blatt CXXXII. — Aehnliche Formularien finden ſich überall; vgl. insbeſondere: Hoch oder gemainer Teütſcher Nation Formular . . . durch Johann Heliam Meichsner, Franckfurt 1563. f. Blatt XXXV^{b} — XXXVI^{b}.

[7]) Abgefaßt im Namen Albrecht und Iſabella Clara Eugenia, Infantinne von Hiſpanien; Ertzherzogen zu Burgund u. ſ. w. Herrn zu Friesland, Salinß undt zu Mechlen u. ſ. w. gleich der Formel der exekutoriſchen Urkunden in Frankreich.

Digitized by Google

executoriale [8]). Nach Noë Meurer (+ 1583) ſcheint das Reichskammergericht ſelbſt dergleichen „decreta condemnationis partis ad servandum pacta seu promissa“ [9]) ohne Anſtand ertheilt zu haben, wenn nur beide Kontrahenten in gutem Einverſtändniß darum nachſuchten [10]).

In den Niederlanden kommt als Exekutivklauſel die Verpflichtung vor: met alsulck recht alsmen s' Princen Domeynen ende Penninghen innet [11]) oder: met Wees- Kinders (Waiſenkinder) Recht, oder: op heerlicke ende reale executie van den Hove van Hollandt [12]).

---

[8]) Die hieher gehörigen Aktenſtücke ſind vollſtändig abgedruckt in Bergmann's Einleit. in die Praxis der Civilproc. Göttingen 1830. S. 34 ff.

[9]) Alſo wahre praecepta guarentigiae.

[10]) Practica von deß Cammer- Gerichts Ordnung vndt Proceß durch Noe Meurern Th. 10. Tit. Decretum condemnationis partis ad servandum pacta seu promissa. (Ed. Meyntz 1592. f. Blatt CCCII.)

[11]) Merula Synopsis praxeos civilis, Maniere van Procederen in deſe Provintien Hollandt, Zeelandt ende Weſt-Vriesland, belangende Civile ſaken. Aemsteldam 1592. Lib. IV. Dist. IV. Sect. V. Tit. XIII. (Van Parate Exſecutie.) Cap. I. § X. pag. 479.

[12]) Merula l. c. Dist. II. Tit. I. Cap. XIII. § IV. pag. 81.

Digitized by Google

Die gewöhnlichſte, regelmäßig in allen Vertragsinſtrumenten vorkommende Exekutivklauſel war die Verpflichtung zu Duldung der Exekution mit oder ohne Recht oder Gericht:

. . . »hete der gemelt N. (Gläubiger) vollen »gewalt vnd gut recht ... mich, mein erben vnd »unſer güter, ligende vnd farende, umb ſchaden »vnd hauptgut anzugreiffen, zu ſchedigen vnd zu »pfenden, in Stetten, Dörffern, auf waſſer oder »land, mit gericht geiſtlichem oder weltlichen oder »ohn gericht in allweg vngefrevelt, ſo lang »vnd vil, biß ſolichs aufgenommen gelt mit ſampt »dem gelitnen ſchaden gentzlich außgericht vnd ver»golten wirt.« [11])

So lang man nun dem Grundſatze getreu blieb, daß das Recht der paraten Exekution gemeinrechtlich nur den mit einer Exekutivklauſel verſehenen Urkunden zukomme, anderen Urkunden

---

[11]) Rethorica vnd Formular durch Aler. Hugen. Tüwingen 1528. Blatt CCXII. Aehnliche Formeln finden ſich in allen teutſchen Formelbüchern des XVI und XVII Jahrhunderts. Vgl. auch Friderus cap. LXXI: De clausulis obligatoriis, quibus in cautionibus plerumque utimur.

Digitized by Google

aber, ſeyen ſie der Form nach auch noch ſo glaubwürdig, verſagt werden müſſe, ſo lang hielt man ſich allerdings auf der von der Praxis der romaniſchen Länder betretenen Bahn; man durfte ſich daher auch erlauben, die ſolchergeſtalt als exekutoriſch anerkannten teutſchen Urkunden instrumenta guarentigiata zu nennen [14]), und auf dieſelben das ganze Syſtem von Rechtsſätzen anzuwenden, welches ſich in den romaniſchen Ländern aus der italieniſchen Guarentigia allmählich herausgebildet hatte.

In der That hat die Praxis der Reichsgerichte dieſen Grundſatz, welcher auch in dem Deputationsabſchied zu Speier vom J. 1600 § 31 — 35 [15]) ſehr beſtimmt ausgeſprochen iſt, ſtets feſtgehalten. Hieran hat auch der jüngſte Reichsabſchied (v. 1654) in § 174 [16]) nichts abgeändert; denn es ergibt ſich aus dem Zuſammenhange mit den vorhergehenden § § klar, daß die Beſtimmung

[14]) Wie dieß ſeit Ende des XVI Jahrhunderts regelmäßig geſchieht.

[15]) Bergmann corp. jur. jud. S. 332 — 334.

[16]) Bergmann S. 477. — N. Samml. der Reichsabſch. Th. III. S. 673.

Digitized by Google

des §. 174 nicht darauf gerichtet ist, das Erforderniß einer Exekutivklausel nachzulassen oder über die Voraussetzungen der paraten Exekution überhaupt etwas Neues zu verfügen, sondern lediglich darauf, die zukünftig erst anfallenden Zinsen von der aus Rücksicht auf die traurigen Folgen des Kriegs in §. 173 ausgesprochenen theilweisen Niederschlagung und theilweisen Stündung der rückständigen Zinsen auszunehmen, also bezüglich derselben es bei der Regel des gemeinen Rechts und der Praxis der Reichsgerichte zu belassen.

Hiermit stimmt denn auch das Concept des Reichsabschieds von 1670 vollkommen überein [17]).

§ 5.

Auch in Teutschland also ist das Institut der guarentigirten Urkunden in derselben Weise wie in Spanien und Frankreich und mit denselben inneren Beziehungen zur Doktrin und Praxis der Italiener aufgenommen worden. Mit demselben hat man zugleich das ganze, in den romanischen Ländern schon sehr ausgebildete System des Verfahrens übernommen, und ist demselben lange

[17]) Bergmann S. 468.

Digitized by Google

Zeit getreu geblieben. Von dieſem Verfahren läßt ſich hier kaum noch etwas ſagen, ohne in baare Wiederholung deſſen, was oben ſchon über das Verfahren der weltlichen und geiſtlichen Gerichte Italiens, Spaniens und Frankreichs geſagt iſt, zu verfallen.

Die Darſtellung und Würdigung des heutigen Zuſtandes gehört nicht ſowohl in die Geſchichte als in das Syſtem des teutſchen Exekutivprozeſſes.

Nur über einige Hauptpunkte, durch welche ſich die unſerer Zeit eigenthümliche Auffaſſung des Exekutivprozeſſes von der früheren ſo ſehr unterſcheidet, daß man darüber den geſchichtlichen Zuſammenhang ganz aus den Augen verloren, ja geläugnet hat, ſcheint hier noch Einiges beigebracht werden zu müſſen.

Neben der geſunden Praxis der Reichsgerichte und trotz dem unmittelbaren Einfluß der Theorie italieniſcher, ſpaniſcher und franzöſiſcher Juriſten auf die teutſche Praxis überhaupt [1]) gerieth die

[1]) In den Schriften der teutſchen Juriſten finden ſich Autoritäten wie die des Suarez, Gomez, Covarru-

Digitized by Google

teutſche Rechtsgelehrſamkeit doch ſchon ſehr frühe auf Abwege.

Einzelne Zeugniſſe über die Herkunft und urſprüngliche Bedeutung der Guarentigia ließen ſich zwar durchaus nicht ignoriren: auch Coler, Frider, Heigius und ihre Nachfolger haben ſich der Ueberlieferung derſelben nicht entziehen können [2]).

Allein ſchon Frider ſpottet ungläubig über den Begriff und die urſprünglich partikularrechtliche Bedeutung der Guarentigia, wie er ſie in

---

vias, Boërius, Chassenaeus faſt auf jeder Seite angeführt.

[2]) Colerus P. I. cap. 3. num. 4. pag. 102 . . . „statuta locorum, in quibus disponitur, quod instrumenta confessionata habeaut paratam executionem quemadmodum sententiae, Bald. in l. un. C. de confess., prout sunt in Tuscia et Italia instrumenta guarentigiata secundum Baldum, . . idque propter jussum notarii habentis jurisdictionem et potestatem mandandi ex forma statuti ei, qui coram ipso confitetur debitum. Hinc est, quod alibi tradit Alexander, guarentigiam nihil aliud esse nisi praeceptum factum per notarium de instrumento rogatum a partibus, ut observent contenta in instrumento etc.“ -- Friderus Cap. LXIX. § 3. et § 4. pr. — Heigius P. II. qu. 7. num. 21.

Digitized by Google

jenen Zeugniſſen findet [3]); ihm bedeutet instrumentum guarentigiatum nichts anderes, als ein öffentliches (notarielles oder gerichtliches) Inſtrument [4]); nach ihm iſt das Recht der paraten Exekution nicht nur aller öffentlichen Urkunden, ſondern auch der Privatſcripturen unmittelbar in den Vorſchriften des römiſchen Rechts gegründet [5]), ohne daß es irgend einer vertragsmäßigen Uebereinkunft der Parteien z. B. durch Einverleibung einer Exekutivklauſel bedürfe [6]); alles Gewicht wird einzig darauf gelegt, daß die Schuldurkunde ein debitum liquidum enthalte [7]).

Dieſer Lehre [8]), wenigſtens den entſcheidenden Punkten und Reſultaten derſelben, iſt ſpäterhin der große Haufe der ſogenannten praktiſchen

---

[3]) Friderus Cap. LXIX. §. 4. verb. Id, inquam, ridiculum et improbabile est. etc.

[4]) § 2. l. c.

[5]) § 3. § 11. l. c. — Cap. LXX. § 1. § 3.

[6]) Cap. LXIX. § 11.

[7]) § 11. cit.

[8]) Welche dem Coler geradezu widerſpricht und von Heigius entſchieden gemißbilligt wird, ohne daß jedoch einer von ihnen ſich den hiſtoriſchen Zuſammenhang und die eigentliche Bedeutung deſſelben klar gemacht hätte.

Digitized by Google

Scribenten des XVII. und XVIII. Jahrhunderts, von welchen der eine den anderen auszuschreiben pflegte, fast ungetheilt zugefallen [9]), so daß man nunmehr jeder liquiden, d. h. jeder solchen Urkunde, aus welcher das cui, quid, a quo, cur et quando debeatur ersichtlich ist, das Recht der paraten Exekution einräumte und unter instrumentis guarentigialis nichts anderes verstand als instru-

---

[9]) Mevius ad jus Lubecense Lib. III. tit. 1. art. 1. num. 4. sqq. „in liquidis (quando constat, an, cui et quid debeatur,) executive et summariissime proceditur . . . Fit autem et demonstratur liquidum debitum, ut parata executio locum accipiat 1) ex re judicata 2) ex testamentis . . . 5) ex solennibus et publicis instrumentis a notario praesentibus partibus legitime confectis, non modo propter specialia locorum statuta, sed etiam de jure communi" . . . — Wenn auch andere Schriftsteller gedankenlos nachgeschrieben haben, was bei ihren Vorgängern über die guarentigia, so wie darüber, daß instrumenta publica simplicia nach römischem Recht parate Exekution nicht haben, geschrieben steht, wie dieß allerdings häufig vorkommt, so stimmen sie doch in den Resultaten mit Frider und Mevius vollkommen überein. Freilich gibt es auch Ausnahmen, zu welchen besonders Lauterbach collegium theoret. pract. Lib. XXII. tit. IV. § 45. — 47. gehört.

Digitized by Google

menta liquida »klare Brief und Siegel« [10]), wobei es charakteriſtiſch genug iſt, daß ſich die Liebhaberei für den fremden Ausdruck um ſo mehr ſteigerte, je ſinnloſer derſelbe geworden war [11]).

---

[10]) Stryk introductio ad prax. for. Cap. I §. 15: Executivus enim processus est, ubi sine processus ordinarii solennibus ob causae liquiditatem, statim executio petitur, exceptiones vero in continenti non liquidabiles in reconventionem rejiciuntur; e. g. si ex instrumento guarentigionato i. e. klare Brieff und Siegel quis agat, facta simplici petitione de recognoscendo instrumento obligationis statim executionem impetrare potest. — Schilter prax. jur. Lib. V. tit 1. § 15: Partes substantiales hujus processus sunt productio et recognitio instrumenti s. documenti, quo in continenti debitum docetur. quod guarentigiatum appellamus. — Berger elect. proc. exec. § 5: »quod nos instrumentum guarentigionatum Brief und Siegel vocamus.« § 9: »Instrumenti guar. in quo veluti fundamento innitur processus executivus, duo inprimis sunt requisita. Primum est, ut sit clarum i. e. ut inde quid, quale quantumve, a quo et cui debeatur, eluceat, ... ut causam debendi contineat. Alterum est, ut sit purum.

[11]) Er iſt in der That heutigen Tags wahrhaft ſinnlos. Wenn heutigen Tags die Liquidität aus mehreren Dokumenten zuſammengetragen werden darf, von welchen keines vollkommen »liquid« iſt, ſo frage man ſich: welches von dieſen Dokumenten das »guarenti-

Man vergaß endlich auch, daß die wesentlichen Eigenthümlichkeiten des Exekutivprozesses auf der Beschaffenheit des Streitgegenstandes, nicht auf der Besonderheit der Prozeßformen beruhen [13]). Ja man kam auf diese Weise dazu, den Unterschied des Exekutivprozesses von dem gewöhnlichen nur in der Verschiedenheit des Verfahrens zu suchen, wobei man denn die Entdeckung gemacht hat, daß der Exekutivprozeß schneller zur Hülfsvollstreckung führe, als der ordentliche und deßhalb Exekutivprozeß genannt werde. [14])

So hatte man denn eine summarische Prozeßart, deren Wesen nunmehr nach der gemeinen Meinung darin besteht, daß mit der Klage zugleich ein Urkundenbeweis über den ganzen Grund der Klage zu verbinden ist [15]); und hierdurch al-

---

gürte« seyn soll? Sollte man vielleicht Lust haben, das Gerassel unserer Terminologie zu verstärken, so ließe sich wohl noch ein complexus instrumentorum guarentigiatus statuiren.

[13]) Vgl. oben Kap. II § 13.

[14]) Kori Exekutivproz. § 1. a. E.

[15]) Ludovici Einleit. zum Civ. Proc. (1. Ausg. 1707; 13. Ausg. 1768. 4.) Kap. 3. § 3. und alle seine Nachfolger bis auf den heutigen Tag.

Digitized by Google

lein unterſcheidet ſich nach dieſer Meinung der Exekutivprozeß vom ordentlichen.

Aus dieſer Anſicht mußten ſich nothwendig Konſequenzen entwickeln, welche in Verbindung mit den überlieferten ganz heterogenen Konſequenzen der urſprünglichen Grundlagen des Exekutivprozeſſes die Theorie ſchwankend und willkührlich, die Praxis aber ſchwerfällig und heillos gemacht haben.

Digitized by Google

I.

Toskaniſches Placitum vom Jahr 1058 [1]).

Zu Kap. II. S. 94. Note 6.

In Dei nomine.

In comitatu Clusino in loco Villa, quae vocatur ad sanctum Peregrinum in plebe S. Mariae de Figuinae, ubi in palatio residebat Gotifredus marchio, et dux, necnon et dominus Ildeprandus sanctae Romanae Ecclesiae legatus astantibus ibidem comitibus, scilicet Raynerius comes filius quondam Ardinghi, et Tegrenus, et Bulgarellus comites, et Ugo quondam Uguccionis cum caeteris nobilibus Tusciae, et cum judicibus siquidem infrascriptis, Lambertus cum germano suo

[1]) Aus Ferdinandi Ughelli Italia sacra, sive de episcopis Italiae etc. Ed. II. Venet. 1718. f. Tom. III. pag. 627—628. Dieſer Abdruck muß natürlich wörtlich wiedergegeben werden, obgleich der Text an mehreren Stellen bis zur Sinnloſigkeit entſtellt iſt.

Digitized by Google

Vidone, et Gozolinus, atque Petrus, et Segnorellus, et Paganellus sacri palatii judices, in quorum praesentia aderat dominus Petrus venerabilis Episcopus Clusinae sedis, de quo se proclamabat dominus Vincentius S. Januarii monasterii Abbas de Capoleonis cum fratribus, seu advocato suo, quod praedictus Petrus Episcopus contendebat terram cum castello de Palerita, et Ecclesia sancti Blasii praedicti monasterii. Praedictus itaque dux hoc audiens, cum summa diligentia, et cautela inquisita veritate ab omnibus, jussumque Episcopi, quoniam et Abbas, seu per confessionem eorundem Praesulum, et Abbatum, et Ardinghi filii Tusi, et Buccii filii quondam Gorberti advocatorum, et procuratorum eorum, quod medietas jam praedictae terrae, et castellum esset de Ecclesia sanctae Mustiolae, et altera medietas pertineret ad Ecclesiam, et monasterium sancti Januarii de Capoleonis. Tunc laudator supra dictorum judicum, praelibatique ducis, et praecepto legis, ubi invenerunt confessos suo jure praejudicatos haberi placeat [2]) secun-

[2]) Schon v. Savigny Thl. II. Kap. XIV. § 81

dum suprascriptam confessionem, et jussionem legis. Petrus Episcopus spontanea voluntate simul cum advocato suo Ardingo refutavit, definivit medietatem de supradicto castello, et Ecclesia, et aedificio cum medietate illius terrae, quae infra subscriptos fines invenitur, a termino qui vocatur, a vado della nave, et sicut currit via, usque ad vadum de Poscia, sicut currit fossa tunc de Lombarda, et mittit in fossum de Canale, et sicut terra dividitur juxta domum lituli Tignanensis, et sicut pervenitur ad domum . . . . sicut currit fossatum de Lucernia usque in fluvio Poscia, et sicut ipse fluvius defluit ad viam, quae vocatur Piscina cervaria, et sicut currit per viam de Campo vetulo, sicut fossatum, quae dicitur Minatorio mittit in Paganico, et sicut fluvius Paganicus currit usque in vadum della Nave. Insuper obligavit se, suosque successores Episcopos tali tenore, qui amodo nullo modo praesu-

---

Note f. S. 230 macht auf dieſe Stelle wegen ihrer unverkennbaren Beziehung auf die Grundſatze des römiſchen Rechts über die confessio in jure, insbeſondere auf den (freilich etwas entſtellten) Text der L. un. C. de confessis, aufmerkſam.

Digitized by Google

mant alio ingenio praedicto Abbati, vel successoribus suis, vel monasterio inquietare, vel aliquam molestiam de praedictis rebus inferre per se, vel per commissam personam, quod si praesumpserit, componat decem libras purissimi auri ipse Episcopus, vel successores sui praedicto Abbati, vel successoribus suis, aut monasterio similiter praefatus Abbas cum advocato suo refutavit, et diffinivit, et obligavit se, suosque successores eodem modo sub eadem poena praedicto Episcopo, ejusque Ecclesiae, suisque successoribus, de altera medietate, exceptis sive antepositis tribus mansionibus, cum hortis, et casis, et vineis, quarum una regitur per Joannem Massarium filiorum Aduli, alia casa recta est per Augustulum Massarium filiorum Martini, tertia recta est per Stephanum filium Tosuli. Hoc ita per actum, tunc praedictus dux, et marchio misit bannum, quod si alterutra pars invicem audeat molestare alteram de praefatis rebus, quatenus componat argenti optimi libras centum, medietatem parti publicae, et medietatem laesae parti.

Actum est hoc anno Dominicae Incarnationis 1058. 17. Kalendas Junii, Indict. XI.

Digitized by Google

Locus † signi manus Gotifredi ducis inclyti, qui huic causae praefuit.

Ego Petrus Episcopus Clusinae sedis in hac definitione subscripsi.

Ego Martinus presbyter, et Canonicus laudans interfui.

Ego Petrus judex interfui.

Ego Zelio judex interfui, et subscripsi.

Ego Vvido judex interfui, et subscripsi.

Ego Vvido notarius complevi, et subscripsi.

Ego presb. Gerardus, et Can. laudans interfui, et ss.

Ego Petrus presb. et canonicus laudans interfui subscripsi.

Ego Vvido judex in hoc exemplar post relectum a me diligenter, et percipiente Vvidone notario, ut eum subscriberet, manu mea subscripsi.

Ego Griffo notarius exemplum hujus chartae vidi, et legi, et fideliter exemplavi.

Ego Blancus notarius, ut ex exemplario vidi, iterum subscripsi, et exemplavi anno Domini 1196. Henrico Imperatore in mense Junii, indictione decima quarta.

Digitized by Google

II.

Aus den Geſetzen von Toro [1]).

Zu Kap. IV. S. 259 Note 21.

... y porquanto nos ovimos fecha en la villa de Madrid en el anno, que passo de noventa y nueve, ciertas leyes y ordenanças ... y entra ellas hezimos una ley y ordenança, que habla cerca de las opiniones de Barto. y Baldo, y Juan Andres; y el Abad, qual dellas se deve seguir en duda a falta de ley: y porque agora somos informados, que lo, que hezimos por estovar la prolixidad y muchedumbre [2]) de las opiniones de los Doctores, ha traydo mayor danno y inconveniente: porende por la presente revocamos, cassamos y anullamos en quanto a esto

---

[1]) Aus Ant. Gomezii Comment. ad L. 1. Taurin. Ed. Frcf. 1591. pag. 3.

[2]) Muchedumbre = multitudo.

Digitized by Google

todo lo contenido en la dicha ley y ordenança por nos hecha en la dicha villa de Madrid y mandamos, que de aqui adelante no se use della, ni se guarde, ni cumpla etc.

Digitized by Google

III.

Ordonnances sur le faict des usures faictes par le Roy Philippes le Bel l'an mil trois cens et unze [1]).

Zu Kap. V. S. 289. Note 12.

Philippus, dei gratia Francorum rex, universis senescallis, Baillivis nostris et justiciariis regni nostri salutem. Pro reformatione publica regni nostri usuras a deo prohibitas et a sanctis patribus, necnon progenitoribus nostris damnatas prohibemus omnibus et singulis tam regnicolis nostris, quam aliis in regno nostro quomodolibet contrahere genus vel speciem quamlibet usurarum: sed graviores usuras, substantias populi gravius devorantes, prosequimur attentius atque

---

[1]) Aus Les Loix, Ordonnances et Edicts ... depuis sainct Lois jusques au Roy Henry II. Paris 1557. fol. 2. et 2 b.

Digitized by Google

punimus. Poenam enim corporis et bonorum ipso facto incurret regnicola vel forensis, qui contra prohibitionem huius praesumpserit, usuras graves huiusmodi frequentare, seu per se, vel per alium se usuris huiusmodi exercendis conferre recipiendo, vel exigendo ultra unum denarium in septimana, quatuor denarios in mense, vel quatuor solidos in anno pro libra. In nundinis vero Campaniae ubi pro expeditione nundinarum mutuatur pecunia vel creditur de nundinis ad nundinas, quae sexies sunt in anno propter graves summas mutuorum vel alias creditas, quae contrahuntur ibidem. Et in nundinarum favorem, infligimus poenam praedictam creditori, qui taliter sub interesse nomine vel alio praesumpserit excedere pro singulis nundinis supradictis lucrum quinquaginta solidorum pro singulis centum libris creditis, vel pro minori crediti quantitate, pro rata: quod intelligimus de lucro quod de mutuo recipitur, vel cambio de nundinis ad nundinas, vel alio modo simili contractus cuiuslibet colore quaesito, ut si creditor supradictam quantitatem, lucrum receperit vel exegerit, poenam committat praedictam. Quia vero sunt plures qui mutuant

Digitized by Google

pecunias alterius ficti contractus colore quaesito, vel contractus alios usurariis mutuis graviores frequentant evidenter in fraudem gravium usurarum, huiusmodi poena praedicta eos prosequimur atque ferimus, tales contractus usurarios esse censentes. Vero per hoc non tollimus quominus impune creditor quilibet interesse legitimum praeter sortem sibi debitam possit exigere ex mutuo vel alio contractu quocunque licito ex quo interesse rationabiliter et licite peti possit vel recipi. Sed ne in fraudem usurarum maxime gravium in contractu mutui ab initio interesse promittatur, vel etiam ex post facto petatur. Si quis ex contractu mutui vel alio credito ratione lucri faciendi, seu non facti propter solutionem non factam debiti pro interesse ultra dictas quantitates exigere vel recipere praesumpserit, poenam incurret praedictam: propter excessum enim praesumimus id fieri in fraudem huiusmodi usurarum. Praeterea prohibemus ne quis creditor literas obligatorias mutui, vel alterius crediti, ut lucrum ex tempore convertatur in sortem, faciat renovari, vel alias usuras vel interesse quomodolibet in sortem convertat: Quod siquis contra fecerit, dictam poenam ipso facto

Digitized by Google

incurret. Caeterum quia mutuantes pluries in fraudem usurarum pecunias vendunt vel cambiunt, et in contractu conventionem adjiciunt, ut solutio debiti eis fiat in alio valore, vel alia pecunia quam sit illa quam tradunt: volumus quod nullus teneatur solvere, nec quis creditor praesumat exigere vel recipere in eo modo pecuniae traditae per eum, vel alios debitum in maiori valore, quam in valore pecuniae traditae, quantum videlicet valebat et currebat communiter juxta ordinationes nostras tempore contractus, et quo pecunia tradita fuit: et si forsan contrarium sit conventum, conventio talis ipso facto sit nulla, creditor qui contrarium faciet, tenebitur poena praedicta. Et rursus plerique propter privilegia nundinarum campaniae concessa pro debitis exigendis contractis in corpore nundinarum debita extra nundinas vere contracta inscribi faciunt vel bona nundinarum ipsarum vel alias tanquam in nundinis contracta ut gaudeant privilegiis supradictis: Prohibemus hoc igitur in futurum, poena amissionis debiti fisci nobis applicandi, cohercentes eosdem notarios sigillantes et ministros quoslibet talia inscribentes falso scienter poena falsi

Digitized by Google

punimus. Sane licet propter damna et onera quae ex praemissis causis et aliis regnum nostrum ex Italicorum mora seu residentia sustinuimus tempore praecedenti: nuper inhibuissemus ne deinceps residentiam facerent in regno nostro, sed exirent inde: quantum ad residentiam supra dictam propter affectionem quam ad patrias habemus Italiae prout et nostri progenitores habuisse noscuntur: Italicis praedictis relaxamus inhabitationem huiusmodi volentes quod Italici mercatores quicunque nobis, regno nostro, ecclesiae dei devoti, et pro defensione fidei nobis fideliter adhaerentes, nedum ingredi pro mercaturis et causis honestis regnum nostrum et egredi sub nostra protectione valeant, sed etiam residere et morari more solito dum suprascriptam et alias ordinationes nostras tam pro factis monetarum quam aliis editas et edendas fideliter servaverint, et pacifice conversentur: hoc salvo quod Italici qui praeterito tempore in regno nostro moram fecerunt pro commissis per eos nuper sibi per gentes nostras expositis nobis satisfaciant competenter, si gaudere velint gratia supradicta. Praemissam igitur ordinationem nostram per vos se-

Digitized by Google

nescallos, baillivos, et justitiarios nostros tam assisiis vestris quam aliis in locis quibuslibet vestrae jurisdictioni subjectis publicari jubemus et praelatis, et baronibus senescalliarum et balliviarum vestrarum intimari, ut ipsi praelati, barones, et alij domini terrarum altam habentes justitiam, ordinationem eandem in suis justitiis faciant publicari, et legitime observari: intimantes eisdem quod in eorum defectum nos praemissa omnia faciemus in eorum justitiis legitime custodiri. In cuius rei testimonium sigillum fecimus praesentibus his apponi. Actum apud montem Argi, die Sabbati ante Purificationem beatae Mariae virginis, anno domini millesimo trecentesimo undecimo.

Druckfehler:

Band I. S. 295. Z. 13 von oben iſt zu leſen: d'icelles ſtatt: d'icelle.

Band II. S. 28. Z. 9. von oben iſt zwiſchen S. und ff. einzuſchalten: 150.

S. 78 Z. 6 von oben iſt zu leſen: Aurora ſtatt: Summa.

Digitized by Google